

"LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE -SECTOR VIAL- COMO
CONSECUENCIA DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1150 DE 2007 - AÑOS
2009 y 2010-."

PABLO EMILIO TORRES VILLALOBOS

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ
2013

"LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE -SECTOR VIAL- COMO
CONSECUENCIA DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1150 DE 2007 - AÑOS
2009 Y 2010-."

PABLO EMILIO TORRES VILLALOBOS

Tesis de grado para optar por el título de Magister en
Derecho Administrativo.

Claudia Patricia Barrantes Venegas. Abogada, Especialista en
Derecho Administrativo y Magister en Derecho Administrativo
de la Universidad del Rosario.

Patricia Mier Barros. Abogada, Especialista en Derecho
Administrativo de la Universidad del Rosario.

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA.
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO.
BOGOTÁ
2013

Agradezco en especial a Dios y mi familia, a quienes les debo una inmensa gratitud, por su motivación y apoyo, en todo éste proceso.

A la Universidad de los Andes, por financiar este proyecto personal, y a sus Directores Jurídicos Doctores Maria del Pilar Quiros y Eduardo Antonio Zorro, quienes me dieron el apoyo y el tiempo, para poder culminar ésta investigación.

A la Doctora Patricia Mier Barros, quien Ad-Honorem y por la gran amistad que nos une, participó en la Dirección de ésta investigación.

A mis padres Flor Cecilia y Emigdio, a los que les debo todo lo que soy, y quienes me enseñaron el amor por el estudio y la academia.

A mi esposa Ana Yamile, que ha llenado mi vida de comprensión, amor y alegría, y con quien hemos construido el hogar que ambos deseábamos.

A mis hijos Daniela, Mario y Maria Paula, quienes siempre me han brindado su amor y comprensión incondicional.

A mis Hermanas Carol Juliana y Angela Maria, quienes me han acompañado toda la vida, apoyando mis decisiones sin importar las consecuencias.

A mis familias: Torres, Villalobos, Rincon y Cubaque, con quienes he compartido los momentos más importantes de mi vida, bajo los valores de unidad, hermandad y fraternidad.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	9
RESUMEN.....	10
CAPITULO I. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA -SECTOR VIAL-.....	13
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA. EL DECRETO 150 DE 1976 Y EL DECRETO LEY 222 DE 1983.	13
2. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN LA LEY 80 DE 1993.....	19
3. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURA. LEY 105 DE 1993.	25
4. LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA, EN LA LEY 1508 DE 2012.....	29
CAPITULO II. CONSAGRACION LEGAL, REGLAMENTARIA Y POLITICA PÚBLICA DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA -SECTOR VIAL-.....	35
1. NORMAS LEGALES RELEVANTES EN MATERIA DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS.....	35
1.1. Ley 80 de 1993.....	36
1.2. Ley 1150 de 2007.....	40
1.3. Ley 1508 de 2012	42
2. CONSAGRACIÓN REGLAMENTARIA EN MATERIA DE DISTRIBUCIÓN DE	

RIESGOS.....	45
2.1 Decreto 2474 de 2008 y 2025 de 2009.....	45
2.2 Decretos 734 de 2012 y 1510 de 2013.....	55
2.3 Decreto 1467 de 2012.....	59
3. POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS..	60
3.1 Documento CONPES 3107. ``política de manejo de riesgo de contractual del estado de procesos de participación privada de infraestructura.....	63
3.2 Documentos CONPES 3133 modificaciones a la política de manejo de riesgo contractual del estado para procesos de participación privada en infraestructura establecida en el documento CONPES 3107.....	69
3.3 Documentos CONPES 3714 Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública.....	76
 CAPITULO III. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL Y ARBITRAL DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA -SECTOR VIAL-.....	86
1. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO.....	86
2. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS SEGÚN JUECES Y ÁRBITROS.....	98
2.1. Límites a la distribución de riesgos.....	108
2.2. El concepto de alea extraordinaria y alea ordinaria, una zona gris.....	114
3. Conclusiones del Capítulo.....	118
 CAPITULO IV. POSICIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA - SECTOR VIAL-.....	122

1. LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LA DOCTRINA COLOMBIANA...	123
2. ¿ES VIABLE EL TRASLADO CASI TOTAL DE RIESGOS AL CONCESIONARIO?.....	123
2.1. ¿Es posible trasladar el riesgo tributario?.....	135
3. ¿QUÉ LIMITACIONES LEGALES Y CONSTITUCIONALES TIENE EL TRASLADO DE RIESGOS AL CONCESIONARIO O AL CONTRATISTA?....	140
CAPITULO V. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES -POSICION DEL AUTOR Y CONCLUSIONES-.....	150
1. ASPECTOS IMPORTANTES DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES. TIPIFICACIÓN, CUANTIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN.....	150
2. LICITUD DE LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO PREVISIBLE.....	155
3. DEFINICIÓN DE ALGUNOS RIESGOS PREVISIBLES, LIMITACIONES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DE SU TRASLADO.....	160
4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE UN INDEBIDO ENTENDIMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO PREVISIBLE. INEFICACIA Y NULIDAD.....	192
4.1 La ineficacia.....	193
4.2 La nulidad.....	201
5. ESTUDIO DE MATRICES DE RIESGO.....	207
5.1 Transversal de las Américas.....	207
5.2 Ruta del sol.....	210
5.3. 21 Megaobras.....	211
5.4 Concesiones del Departamento del Valle Del Cauca.....	213
5.5. ¿Cumplen los proyectos de infraestructura analizados con las políticas contenidas en los CONPES?.....	214

BIBLIOGRAFÍA.....	221
-------------------	-----

LISTA DE CUADROS

	Pág.
Cuadro No. 01. Que no es riesgo previsible.	72
Cuadro No. 02. Tipificación del riesgo previsible.....	73

INTRODUCCIÓN

La importancia de la "Distribución de Riesgos", se encuentra ineludiblemente atada al concepto de ecuación económica del contrato estatal, por ello, es determinante que nuestras instituciones en sus procesos licitatorios se ajusten cabalmente a las disposiciones legales, con el fin de evitar distribuciones ilegales o inadecuadas del riesgo, las cuales en caso de generarse colocarían en serio peligro las finanzas estatales. Al respecto, la jurisprudencia y los fallos arbitrales, nos han enseñado, que los errores del proceso licitatorio y de planeación de las entidades estatales, conllevan fuertes condenas en contra del Estado, las cuales afectan el erario público.

El objeto de la presente tesis, aparte de constituir un requisito formal del programa académico de "Maestría en Derecho Administrativo", consiste en realizar un estudio específico del concepto de "Riesgo", su aplicación, concepción y distribución, con base en las limitaciones y disposiciones legales que en el Sistema Concesional de Infraestructura Vial, regulan la materia. No obstante lo anterior, su alcance, no se limita simplemente a un estado del arte o un levantamiento normativo y reglamentario, de uno de los sectores más importantes de la economía; lo que constituye el aporte y esencial desarrollo académico es un planteamiento esquemático que nos permita evidenciar la diferencia entre el ser y el deber ser, que en materia de contratación estatal implica una adecuada y correcta distribución del riesgo, así como proponer un análisis de las consecuencias jurídicas que una errada "Distribución De Riesgos" genera.

Ahora bien, es menester señalar que en desarrollo de éste trabajo académico, se profirió el CONPES 3714 el 01 de diciembre de 2011, cuyo objeto es establecer políticas frente

al concepto "DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA"¹ y se promulgó además la Ley 1508 de 12 de enero de 2012 "Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas "². Sin embargo, pese a que dichas circunstancias, son ajenas al periodo de tiempo y alcance de nuestro estudio, planteado en ésta investigación, se considera necesario realizar una breve referencia las mismas, en los elementos y concepciones pertinentes al contrato de concesión; sin que por ello se llegue a un análisis profundo de éste tema, ni se realice referencia alguna a conceptos tales como son: Valor por Dinero (VPD), el comparador público privado (Adoptado por Resolución 3656 de 2012 del DNP), proyecto público de referencia (PPR) o las propias aristas que implican un proyecto de asociación público privada (APP), pues como se precisa, los mismos no son objeto de la presente investigación, ni se hacen parte o tienen injerencia en el periodo de tiempo planteado para ésta investigación.

En concordancia con el título de la presente investigación denominado "LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE -SECTOR VIAL-COMO CONSECUENCIA DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1150 DE 2007 - AÑOS 2009 y 2010-.", se precisa que las limitaciones temporales impuestas al objeto de estudio, se dan principalmente en dos escenarios; las cuales determinan el alcance y objeto de la misma, la primera de ellas, relacionada con el periodo de estudio propuesto, pues solamente se tendrán en cuenta los años 2009 y 2010, como periodo propuesto de estudio; la segunda limitación hace referencia, a los proyectos objeto de estudio, pues no se tendrán en cuenta los proyectos que hayan sido adjudicados antes del 2009 o posteriores a 2010, solamente se tendrán como objeto de estudio los adjudicados en los años establecidos como límite temporal al objeto del estudio.

¹ En https://www.contratos.gov.co/Archivos/normas/conpes_3714_sma.pdf

² En <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/Ley150810012012.pdf>

Ahora bien conforme, se indica en la presente introducción, el objeto de éste trabajo se centra en la distribución de riesgos, que plantea la entidad en sus pliegos de condiciones, al momento de licitar el proyecto de infraestructura vial, no hace referencia, ni es objeto de estudio, la posterior ejecución del contrato, ni los cambios o convenios que en materia contractual, realicen las entidades con los concesionarios.

Lo anterior implica, que no se tendrán en cuenta por no ser objeto de la presente investigación, cambios normativos que puedan afectar las concesiones vigentes, adjudicadas antes del 01 de diciembre de 2009 o después de 31 de diciembre de 2010. Finalmente es necesario precisar, que se han tomado como muestras aprobadas para la confrontación de los resultados planteados en la presente tesina, las distribuciones de riesgos que planteó la administración en los proyectos denominados: Transversal de las Américas, Ruta del Sol, 21 Megaobras y las Concesiones del Departamento del Valle.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, parte de un análisis histórico general del contrato de concesión en Colombia, así como de las diferentes figuras y cambios que el mismo ha tenido a lo largo de los años, con el fin de acercar al lector de una manera más clara a las disposiciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico, que regulan los temas del contrato de concesión, equilibrio económico del contrato y distribución de riesgos previsibles en materia de contratación pública.

El autor realiza un análisis normativo de todas y cada de las disposiciones jurídicas relevantes, así como el entendimiento que sobre dichas disposiciones y los conceptos de riesgo previsible y equilibrio económico del contrato, ha existido en la doctrina, jueces y árbitros, en los últimos años; conceptos que contraponen con las políticas públicas que en materia de contratación estatal, ha fijado el Estado y los cuales evidencian, diferentes posiciones y entendimientos, de lo que es, del deber ser y del entendimiento de las normas pertinentes en materia de distribución de riesgos.

Finalmente, presenta un análisis propositivo frente a la definición de riesgo previsible, su posible tipificación, estimación y cuantificación, lineamientos que se deben respetar en una adecuada distribución de riesgos, los errores que generalmente se han cometido en algunos procesos licitatorios de gran envergadura, y las consecuencias jurídicas que en vía judicial o arbitral puede implicar una indebida o ilegal distribución de riesgos previsibles en el contrato estatal.

I. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA-SECTOR VIAL-

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA. EL DECRETO 150 DE 1976 Y EL DECRETO LEY 222 DE 1983.

Resulta necesario precisar, que en nuestra evolución histórica, se encuentran algunos antecedentes del contrato de de concesión de obra pública. El primero de ellos, nos remonta al año de 1847, ya que por Decreto de 21 de abril, el Congreso de la entonces denominada Nueva Granada³, otorgaba a quien realizara actividades de "construcción, reparación, mejoramiento o limpieza de alguna vía provincial de comunicación, el derecho a cobrar una suerte de tarifa a los usuarios de dichas vías por un término de veinte años a manera de incentivo"⁴. Después vendrían los Decretos del 8 de junio de 1847 y de 04 de junio de 1850, por medio de los cuales se establecía una concesión de obra pública para construir y operar un camino de hierro que uniera los dos océanos en el istmo de Panamá⁵.

Así mismo, se resaltan otros antecedentes que si bien técnicamente algunos de ellos no corresponden al contrato de concesión de obra pública "stricto sensu", en su gran mayoría si pueden tenerse como antecedentes del sistema concesional actual, a modo de ejemplo se traen a colación, los siguientes: a) La Ley 69 de 1871, que constituye un antecedente de las iniciativas privadas⁶, b) La Ley 5 de

³ CASTAÑO PARRA, Daniel. "La concesión: pasado y presente. Crítica a los modelos concesionales de la primera época de vida institucional." En: Revista digital de Derecho Administrativo, N°. 5, primer semestre/2011, Universidad Externado de Colombia. pp. 153-174.

⁴ Ibídem página 159.

⁵ Ibídem páginas 161 y 163.

⁶ Ibídem, pág. 164.

1876 que autoriza al ejecutivo para entregar en concesión la "construcción de un muelle de madera en Tumaco"⁷; y c) Las Leyes 104 de 1892 y 18 de 1905, que establecían verdaderos contratos de concesión de obra pública para el desarrollo de la red ferroviaria del país.⁸

Ya en el siglo pasado, los antecedentes del contrato de concesión de obra pública en Colombia, como sistema concesional, se remontan al Decreto Extraordinario 150 de 1976⁹, el cual evidencia la existencia del sistema de concesional, bajo dos perspectivas, una como contrato independiente y otra como sistema de pago de obras públicas, es decir la concesión, no solo es entendida como un contrato independiente, si no también como una forma de pago de un contrato de obra pública, lo cual necesariamente implica preguntarse: ¿Por qué el cambio de concepción de una forma de pago a un tipo contractual independiente?, o ¿Por qué esa dicotomía en el Decreto?, sin embargo dicha disertación no le corresponde a éste estudio, por lo cual se dejan estas inquietudes a la comunidad académica.

Al respecto, y con el fin de dar claridad sobre éste concepto, el citado Decreto en su artículo 69, establecía la concesión como un método o forma de pago del contrato de obra pública; situación que pese a no dar mayores luces, si evidencia que el aspecto financiero de la concesión constituía de plano un elemento esencial de la definición del contrato. Lo anterior, se ratifica con lo que se establece

⁷ Ibídem, pág. 166.

⁸ Ibídem, páginas 168 y 170.

⁹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, DECRETO 150 de 1976, Enero 27 de 1976, "Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas." Publicado en el Diario Oficial No 34.492, del 18 de febrero de 1976. "ARTICULO 69. DE LAS FORMAS DE PAGO EN LOS CONTRATOS DE OBRA. Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran: a) Por un precio global o a precio alzado; b) Por precios unitarios, determinando el monto total de la inversión; c) Por el sistema de administración delegada; d) Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y e) Mediante el otorgamiento de concesiones"

más adelante en su artículo 92¹⁰, en el cual al referirse al contrato de concesión como un tipo contractual independiente, limita sus alcances a la ejecución de obra y no a la prestación del servicio público, es decir presupone la construcción de obra como un requisito indispensable para la celebración de éste tipo contractual, lo cual dejaría de fuera de la órbita legal, cualquier consideración que se hiciese frente a la concesión de servicios públicos. Del citado artículo, se desprenden los siguientes elementos como típicos del contrato de concesión de obra pública:

- Se realiza por cuenta y riesgo del concesionario,
- El objeto recae expresamente sobre una obra
- El ente concedente mantiene el control,
- Puede implicar o no la ocupación de bienes públicos,
- La remuneración del concesionario, consiste exclusivamente en el cobro de derechos de uso a los usuarios de la obra, sin que fuese posible legalmente que en el contrato de concesión se obtuviera como forma de pago, suma alguna diferente a la anteriormente señalada.

El hecho de entender la concesión o el sistema de concesión, como una forma de pago y elemento esencial de un contrato de obra, se centra igualmente en la posibilidad prevista por el mismo decreto en su artículo 95, al señalar la posibilidad de celebrar contratos que incluyan diferentes formas de pago, entre ellas la de concesión.

¹⁰ Ibidem. ARTICULO 92. DE LA DEFINICION DEL CONTRATO DE CONCESION. Mediante el contrato de concesión, una persona llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar o restaurar una obra, bajo el control de la entidad concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración consistente en derechos que el primero cobra a los usuarios de la obra.

La concepción del sistema de concesional, como una forma de atraer recursos del sector privado, para inversión en obras públicas, se encuentra reforzada al tenor de lo previsto en el artículo 94, que parecería estar destinado a proponentes extranjeros, pues establecía como una obligación del concesionario "La preparación técnica del personal colombiano que designe la entidad concedente", para que éste personal una vez terminada la concesión, asumiera la organización y dirección de la obra.

Siguiendo nuestro recuento histórico, la concesión aparece nuevamente en el Decreto 222 de 1983¹¹, como tipo contractual y como forma de pago. Al respecto, el artículo 16¹² del citado decreto, cuando se refiere a la clasificación y naturaleza de los contratos, establece una clara diferenciación entre los contratos de concesión de servicios públicos y los de obra pública, clasificación que es reafirmada por lo dispuesto en su artículo 80¹³ del mismo ordenamiento. Por otra parte, el artículo 82¹⁴ referido a las formas de pago del contrato de obra pública, reproduce el concepto ya citado en el Decreto 150 de 1976, cuando se refiere al otorgamiento de concesiones, como una de las formas de pago del contrato de obra.

¹¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, DECRETO 222 de 1983, de fecha Febrero 02 de 1983, "Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones" publicado en el Diario Oficial No. 36.189 de febrero 6 de 1983.

¹² Ibídem, "ARTICULO 16. DE LA CLASIFICACION Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS. Son contratos administrativos: 1. Los de concesión de servicios públicos. 2. Los de obras públicas. (...)"

¹³ Ibídem, "ARTICULO 80. DE LOS DISTINTOS CONTRATOS. El presente estatuto trata de los siguientes contratos: de obras públicas, de consultoría, de suministro, de compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, donación, para recuperación de bienes ocultos, concesión de servicios públicos, de correos, acuñación de moneda metálica y de billetes, empréstito y seguros."

¹⁴ Ibídem, "ARTICULO 82. DE LAS FORMAS DE PAGO EN LOS CONTRATOS DE OBRA. Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran: 1. Por un precio global. 2. Por precios unitarios, determinando en monto de la inversión. 3. Por el sistema de administración delegada. 4. Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y 5. Mediante el otorgamiento de concesiones."

Finalmente éste Decreto, define el contrato de concesión de obra pública en su artículo 102, manteniendo en esencia los mismos elementos previamente señalados frente al Decreto 150 de 1976, con la diferencia que esta nueva normatividad, no hace referencia a que la concesión puede implicar o no la ocupación de bienes públicos.

Del análisis de los dos Decretos reglamentarios, que en materia de contratación estatal se han referido en éste escrito, se infiere que al ser entendida la concesión como una forma de pago, es evidente que surge la financiación, como un elemento esencial del contrato de concesión, pues el pago por las actividades realizadas por el concesionario provendría de "los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas"¹⁵, siendo así, el concesionario no recibiría dineros del Estado para la construcción, y su pago solamente se daría en la medida que la obra estuviese terminada y en funcionamiento, generando ella misma los recursos para el pago y retribución del concesionario, aspecto que es congruente con lo establecido en el Decreto de fecha 21 de abril de 1847.

La innovación del Decreto 222, consiste en regular de manera directa el tema de concesión por el sistema de peajes, al señalar en sus artículos 105¹⁶ y 106, las siguientes reglas:

1. El recaudo del peaje tiene una destinación específica a: Gastos del contrato, administración y utilidad del concesionario.
2. Es competencia de la entidad contratante determinar el monto de los derechos o tarifas que se cobren en el peaje.

¹⁵ Ibídem, Artículo 102.

¹⁶ Antecedente principal de la Ley 105 de 1993.

3. Se podrán combinar para efectos del contrato de concesión de obra pública las formas de pago previstas en el artículo 82, es decir que el contrato de concesión puede establecerse por precio global, precios unitarios, administración delegada, reembolso de gastos y pago de honorarios, sin embargo estas formas de pago deben interpretarse respecto de la modalidad contractual.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta la limitación que establece el artículo 102, al restringir las fuentes de pago del contrato de concesión al recaudo de derechos de uso. Es decir, conforme a esa limitación, no podría pensarse como posteriormente se hizo en la Ley 80 y la Ley 105 de 1993, que la concesión tuviera fuentes de pago diferentes a los recursos que produjera la misma obra.

Ahora bien, en mi concepto estas reglamentaciones establecen una mejor definición del contrato de concesión de obra pública, pues hace explícito el factor de financiación que requiere éste tipo de contratos, al limitar la fuente de pago a los recaudos, rendimientos o utilidades que produzca la obra.

Ello implica necesariamente, que los recursos públicos que usualmente se van a éste tipo de contratos, puedan tener otra destinación presupuestal, de acuerdo a las necesidades del Estado, percepción y enfoque que ha sido tomado entre otras por la Ley 1508 de 2012, la cual, aún cuando no es objeto de la presente investigación, si merece algunos breves comentarios, en lo que tiene que ver con la distribución de riesgos en el contrato de concesión.

2. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN LA LEY 80 DE 1993.

En nuestro ordenamiento jurídico vigente, el contrato de concesión se encuentra definido de manera general en el artículo 32 No. 4¹⁷ de la Ley 80 de 1993¹⁸, como el contrato celebrado por una entidad estatal, por medio del cual se otorga a una persona natural o jurídica que se denomina Concesionario, la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinado al servicio o uso público, estableciendo para los efectos, cuatro elementos esenciales del tipo contractual:

1. La prestación del servicio o el funcionamiento de la obra será por cuenta y riesgo del concesionario,
2. La vigilancia y control del concesionario estará a cargo de la entidad concedente,
3. El pago del concesionario; el cual según la redacción del mismo artículo, no implica una forma de pago de pago específica, pudiendo ser ésta: Una suma fija, porcentual o variable, o una garantía mínima de tráfico como lo establece la Ley 105 de 1994.

¹⁷ Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden

¹⁸ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 80 de 1993, publicada en Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

4. La fuente de pago de los recursos vinculados a la remuneración podrá provenir de tarifas, derechos, tasas, valorización o participación en los ingresos de la obra o servicio objeto de la concesión, incluyendo aparte de ésta precisión, cualquier forma de pago que las partes contratantes lleguen a acordar. Esta generalidad en la fuente de pago, desnaturaliza el hecho mismo del concepto de la financiación como un elemento inherente a la concesión de obra pública.

Algunas de las diferencias fundamentales entre la Ley 80 de 1993, y las reglamentaciones anteriores en materia de sistema concesional, son las siguientes:

a. La primera, es que en la reglamentación anterior, la fuente de pago de los contratos de concesión de obra, se limita los recursos provenientes de la misma obra, es decir que para su ejecución, se exigía casi de manera taxativa, la financiación de la obra por parte del concesionario. Aspecto claramente diferenciado en la Ley 80 y la Ley 105 de 1993, que permiten para efectos del contrato de concesión de obra pública, que se admita cualquier fuente de pago, entre ellas, los recursos propios de la entidad, es decir, la fuente de pago puede implicar la financiación del Estado, y no necesariamente corresponde de manera exclusiva a los ingresos que genere la obra.

b. La segunda, hace referencia a la definición de la Ley 80 para el contrato de concesión, pues ésta incluye la concesión de obra pública y la concesión de explotación de servicios públicos -Otra parte de la doctrina considera que convergen tres modalidades incluyendo allí la de bienes estatales-¹⁹; diferencia sustancial frente al régimen anterior,

¹⁹ RODRÍGUEZ R., Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. (1a. Ed.). Bogotá (2009): Editorial Temis S.A. Página 116. Ratificando que el tratadista Guillermo Dávila Vinuesa en su libro el régimen jurídico de la contratación estatal, comparte esta teoría.

que solamente establecía el contrato de obra pública para la construcción y posterior explotación de la obra.

Respecto de lo anterior, es necesario señalar que en derecho comparado, otras legislaciones diferencian y regulan estos tipos contractuales de manera separada, por ejemplo la actual Ley Española de Contratos Del Sector Público -Ley 30 de 2007- diferenció claramente el contrato de concesión de obra pública como un tipo contractual diferente al de mera explotación de una obra o servicio público²⁰, regulación que conceptualmente converge con lo dispuesto en el Decreto 150 de 1976 y el Decreto 222 de 1983, ya analizados.

Sobre el contrato de concesión de obra pública, la jurisprudencia nacional ha identificado algunas características derivadas de su definición legal, en materia de infraestructura vial, las cuales señalo a continuación:

1. Su carácter eminentemente temporal,
2. El Estado -Concedente- mantiene la titularidad de la obra concedida, es decir el particular -Concesionario- no adquiere propiedad sobre la obra, si no un título precario de mero tenedor, y finalmente que,
3. Puede acarrear la entrega al Concesionario de facultades públicas, tales como el cobro de peaje, los cuales serán tomados como fuentes de pago del proyecto²¹.

²⁰ SERRANO LOZANO, Rubén, en El Contrato de concesión de Obras Públicas en la Ley de contratos del sector Público. Director Francisco Puerta Seguido. Editorial La Ley. Madrid, España. Febrero de 2009. Pág. 115 y 116. "Actualmente, la LCSP ha excluido de su concepto aquellos supuestos en los que el contrato tiene por objeto exclusivo la explotación de la obra."

²¹ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: Enrique Jose Arboleda Perdomo. Bogotá, D. C., trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009), Radicación numero: 11001-03-06-000-2009-00033-

Ahora bien, nuestra definición legal no incluye taxativamente el elemento de la financiación del concesionario, como un elemento diferenciador de los contratos de concesión de obra pública y contrato de obra pública. En mi concepto, lastimosamente en un contrato tan importante, nuestro legislador no fue tan acertado como se desearía; se advierte que esta posición no es compartida por tratadistas como la Doctora Susana Montes²², quien ha afirmado que de la redacción del artículo se infiere dicho elemento, pues al referirse el artículo 32 a que es "por cuenta y riesgo del concesionario", y que el pago del contrato pueda derivarse de un "repago por parte del usuario de la obra o servicio", implica en sí mismo y de manera evidente un componente de financiación.

No obstante lo anterior, con el respeto que merece tan ilustre tratadista, considero que el artículo es poco claro, y que del mismo taxativamente no se puede inferir que el elemento principal del contrato de concesión sea la "Financiación" del proyecto.

00(1952), Actor: Ministerio De Transporte. "La primera aproximación a la norma transcrita consiste en señalar que la definición del contrato de concesión comprende las tres modalidades del mismo, la de servicio, la de obra y la de bienes públicos, regulándolas por igual. Hay que destacar dos de los diferentes elementos en esta definición, la entrega u otorgamiento de potestades y el objeto concedido. En cuanto al primero de éstos, el vocablo otorgar empleado por la Ley designa dos fenómenos jurídicos especialmente importantes, a saber: de una parte que el Estado siempre mantiene la titularidad del bien, obra o servicio concedido, por lo que sólo entrega su utilización o construcción, lo que implica la temporalidad del contrato; y por otra, que le entrega al concesionario las facultades públicas inherentes al objeto y necesarias para su desarrollo, como por ejemplo la posibilidad del cobro de las tasas de peajes en la concesión de obra."

²² MONTES DE ECHEVERRI, Susana y MIER BARROS Patricia, CONCESIONES VIALES. LA INADECUADA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS, EVENTUAL CAUSA DE CRISIS EN LOS CONTRATOS. En: Revista De Derecho Público No.11 de Junio de 2000 Universidad De Los Andes Facultad De Derecho. Pág. 50. "Es así como de conformidad con la disposición legal, el elemento que realmente tipifica la concesión de obra pública en Colombia la distingue del típico contrato de obra es el factor de financiación de la obra por cuenta del concesionario, su repago por el usuario o beneficiario de la obra a largo plazo y ese margen de riesgo empresarial asumido por el concesionario por la gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente."

Por el contrario, considero que dicha concepción del contrato de concesión, obedece a un entendimiento del contrato amparado en la legislación anterior, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial, que sobre el mismo se ha realizado. Para los efectos, a continuación expongo las razones, en las que fundamento mi oposición:

1. En primer lugar, al hablar del concepto "por cuenta y riesgo", el mismo puede implicar muchas cosas, o acarrear importantes consecuencias contractuales en cuanto al esquema de riesgos que se le atribuya al contrato, la ecuación económica, la exclusión de responsabilidad, etc. Es necesario señalar, que si el elemento "por cuenta y riesgo", implicará "per se" un elemento característico y único del contrato de concesión o hiciera referencia al concepto de "financiación", el mismo no estaría incluido como un elemento esencial de los contratos de obra pública a precio global, a precios unitarios y del contrato por administración delegada, a los cuales hace referencia el antiguo Decreto 222 de 1983 en sus artículos 88 a 90.

Lo anterior, es congruente con lo dispuesto en los artículos 199, 214 y 225 de la actual Ley Española de Contratos Del Sector Público -Ley 30 de 2007-, que establecen que en general "el riesgo y ventura"²³ en ejecución del objeto contractual y especialmente en materia del contrato de obra estará a cargo del contratista. Es decir, esta concepción corresponde a la distribución de riesgos del contrato que da nacimiento a la ecuación económica del mismo, más que al componente de "Financiación", entendido este como el elemento diferenciador del contrato de concesión.

²³ FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, Riesgo y Ventura en la concesión de obra pública. En: Revista de Derecho de la Unión Europea No. 7. Segundo Semestre de 2004.

2. En segundo lugar, se considera que el artículo 32 de la Ley 80, no permite inferir de manera "exclusiva" e "inequívoca" que la remuneración será pagada "por el usuario o beneficiario de la obra a largo plazo y que ese margen de riesgo empresarial asumido por el concesionario por la gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente"²⁴, pues el mismo artículo 32 No. 4 expresamente señala, que no habrá una fuente única y exclusiva de pago, al precisar que la remuneración que reciba el concesionario puede consistir en "derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."²⁵

Es decir, si bien se da el supuesto previsto, que consiste en que la fuente de pago provenga de los ingresos que pueda generar la misma obra; no es menos cierto, que al incluir conceptos adicionales como sumas fijas, porcentuales, periódicas o al indicar que las partes quedan en libertad de pactar la retribución, no puede entenderse o derivarse del mismo artículo, ese componente esencial que diferencia este contrato del contrato de obra pública.

En consecuencia, en mi concepto, no solamente no es posible inferir de manera unívoca, el concepto de la "Financiación", como un elemento inherente en la definición normativa, si no que en materia de concesión de obra pública el elemento diferenciador, lo constituye la "explotación" de "una obra o bien destinados al servicio o uso público".

²⁴ IBIDEM Cita No. 22. Pág. 50.

²⁵ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 80 de 1993, publicada en Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Artículo 32 No. 4.

Sin embargo, insisto que en nuestro ordenamiento jurídico, hace falta la inclusión o claridad legal en éste punto, pues aún cuando es doctrinaria y jurisprudencialmente entendido que la financiación es el elemento esencial y diferenciador de éste tipo de contratos frente a los contratos de obra; dicha claridad no es expresa en la Ley 80, como si se podía inferir del Decreto 150 de 1976, que establecía que la única fuente de pago, del concesionario sería la misma obra, lo cual implica evidentemente que éste asumía la totalidad del costo del proyecto y la financiación del mismo, pues carecía de otra fuente de pago, al estar la misma condicionada en el tiempo a la existencia de la obra.

3. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURA VIAL. LEY 105 DE 1993.

En materia de concesión de infraestructura vial, como consecuencia de la derogatoria que mediante la Ley 80 de 1993, se hizo de la regulación que contenía el Decreto 222 de 1983 en materia de concesional, y ante la necesidad del Estado de atraer recursos del sector privado²⁶, con el fin de financiar sus propios proyectos de infraestructura en materia de transporte, fue necesario que la concesión de éste tipo de obras, fuera regulada mediante la Ley 105 de 1993, en la cual, entre otras, si se definió de manera puntual los elementos integradores del contrato de concesión de obra pública en materia vial, estableciendo las siguientes disposiciones, limitaciones y características frente a los contratos de concesión, en materia de infraestructura vial:

- Que la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus perímetros y competencia territorial, podrían otorgar concesiones, para la construcción, rehabilitación y conservación de

²⁶ IBIDEM CITA No. 22. Pág. 51. "Históricamente, el instituto de la concesión encuentra su justificación en la incapacidad financiera del Estado para acometer la construcción de obras públicas. La iliquidez estatal lo llevó a apelar al capital privado para que éste asumiera en su nombre las funciones de servicio público a su cargo."

proyectos de infraestructura vial; limitando la naturaleza del concesionario a particulares, es decir por prohibición tácita del legislador no puede ser concesionario ninguna entidad pública o que tenga naturaleza estatal, ni podría tampoco bajo esta concepción, participar una entidad pública en proyectos de infraestructura bajo el sistema concesional, como concesionario (Artículo 30).

Esto evidencia la política del Estado, en el sentido de buscar los recursos necesarios para construir infraestructura, en el sector privado.

- Crea dos mecanismos de recuperación de la inversión: Peajes y valorización (Artículo 30). Es decir, el retorno de la inversión podrá ser manejado de éstas dos formas, sin que se pueda entender como retorno de la inversión los aportes que el sector público realice, pues así no lo estableció el legislador y por que adicionalmente entender ello, desnaturalizaría la estructura misma de la concesión y atentaría contra las finanzas estatales.
- Establece, que la forma de recuperación de la inversión deberá quedar establecida en el contrato y debe ser respetada por las partes contratantes - Concedente y Concesionario- (Artículo 30). Este punto es importante, pues refleja el concepto de la ecuación económica contractual, previsto desde la Ley 80 de 1993, y garantiza que la formula de retorno de la inversión será la establecida de común acuerdo.
- Prohíbe la modificación de la fórmula para la recuperación de la inversión sin autorización del concesionario, creando así responsabilidad en cabeza de la entidad y del funcionario, en caso de desacato de ésta prohibición legal -Artículo 30-. Esta disposición genera certeza y seguridad jurídica del negocio en cabeza del inversionista privado.

Es necesario aclarar, que ésta prohibición de modificar la formula de recuperación de la inversión sin consentimiento del concesionario, aplica durante toda la ejecución del contrato, sin limitación alguna, al exigir para esos efectos la suscripción de un acto contractual. Ya que de lo contrario, se generará responsabilidad de la entidad y el funcionario que haga uso de poderes unilaterales, para realizar ésta modificación, afectando de nulidad dicha actuación por disposición expresa del legislador.

Aspecto que no debe entenderse subsumido por la prohibición prevista en el Artículo 32, de limitar de manera temporal la aplicación de las cláusulas unilaterales previstas en los artículos 15 a 17 de la Ley 80 de 1993, al periodo en el cual el concesionario, debe realizar las inversiones a las que contractualmente se encuentra obligado, lo que implica que una vez realizadas las inversiones prometidas por el concesionario, la entidad pública pierde su competencia para hacer uso de los poderes exorbitantes de terminación, interpretación y unificación, reservándose únicamente la referida a la caducidad.

- Autoriza a las entidades públicas a realizar aportes de partidas presupuestales para proyectos de infraestructura, cuando los estudios arrojan que el concesionario no podrá recuperar la inversión en el tiempo esperado -Artículo 30-. Respecto de lo anterior, es necesario precisar que al hablar de "estudios" no precisa si se refiere a los estudios previos o si en desarrollo del contrato el concesionario o la entidad realicen algún estudio del que se infiera lo anterior, sin embargo como se explicará más adelante en caso que se requieran nuevos aportes de la Entidad, estos deberán darse a título de restablecimiento económico del contrato, o en caso de determinarse éstos en la etapa de estructuración del negocio, deberán darse a título de pago por obra, con el fin que la inversión realizada por el concesionario sea menor.

Para los efectos, deberán seguirse las disposiciones legales en la materia, se recuerda que solamente podrán reconocerse o realizarse en caso que se den los supuestos para que opere la figura del Equilibrio Económico del contrato, y la obligación de la entidad estatal de mantenerla -Ley 80 Artículo 4 No. 8, Artículo 5 No. 1 y Artículo 27-.

- Establece, que todos los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados al concesionario privado, hasta el retorno del capital invertido de acuerdo al contrato. (Artículo 30).
- Limita la aplicación de los poderes excepcionales de interpretación, modificación y terminación, al periodo contractual en el cual el concesionario realiza las inversiones "construcción o rehabilitación", previstas en el contrato. (Artículo 32)
- Permite la creación y pacto de garantías mínimas de ingreso, con el fin de hacer atractivas determinadas infraestructuras o proyectos para los concesionarios (Artículo 33).
- En el tema predial, establece que el valor máximo a pagar por los predios lo establece la entidad contratante. (artículo 34)

De lo anterior, rescato cuatro elementos que serán importantes para éste escrito, los cuales van a ser tratados con mayor detenimiento más adelante:

1. La imposibilidad de modificar la formula financiera de retorno de la inversión,

2. La posibilidad del concedente de hacer aportes al contrato en caso que el concesionario, no pueda recuperar la inversión,

3. El valor máximo de los predios objeto de concesión es determinado por la entidad, y,

4. Se define que pueden existir aportes estatales, pero que estos, en ningún caso podrán darse a título de retribución de la inversión realizada por el concesionario, salvo los casos de garantías mínimas de ingreso previstos en el artículo 33, los cuales en todo caso como ya se señalo son incluidos con el fin de garantizar el equilibrio económico del proyecto, disponiendo para los efectos el mismo artículo, que en caso que los ingresos sobrepasen el valor fijado como valor máximo, dichos valores deberán llevarse al modelo financiero con el fin de disminuir el plazo de la concesión o ser devueltos a la entidad, mediante el giro de recursos pertinente.

4. LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA, EN LA LEY 1508 DE 2012.

La Ley 1508 de 2012, constituye un avance legislativo, por medio del cual, se actualiza nuestro ordenamiento jurídico frente a las nuevas tendencias que en ésta materia, se vienen dando a nivel mundial.

De la definición establecida en el artículo 1, podemos colegir algunos elementos relevantes de la "Asociación Público Privada", que nos permitirán desglosar su definición y alcance así:

➤ Es un Contrato Estatal.

- Involucra necesariamente la vinculación de capital privado, a título de financiación, en éste sentido, se da la claridad que reclamaba la legislación colombiana, respecto de la financiación como un elemento esencial del contrato, en el caso de la concesión.
- Solamente puede ser celebrado por entidades estatales con particulares, sean estos nacionales o extranjeros, por expresa previsión de la ley.
- Su finalidad es la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados
- Tendrá su propio esquema de distribución de riesgos
- La distribución de riesgos y el mecanismo de pago, estarán vinculados a dos elementos importantes: El primero, la disponibilidad de la infraestructura o servicio y, el segundo, el nivel de servicio de la infraestructura. Estos parámetros son interesantes, pues introduce bajo el concepto de niveles de servicio, conceptos tales como calidad, índices de cumplimiento, etc.²⁷ Los cuales eran de hecho ajenos al concepto legal; no obstante lo anterior, si bien no era usual que la forma de pago se condicionara a los niveles de servicio de la vía concesionada, si se incluía en algunos contratos de concesión el mantenimiento mínimo de niveles de servicio de la infraestructura concesionada. (Al respecto ver los contratos de concesión de las concesiones Troncal del Tequendama y Chía - Girardot)

²⁷ Departamento Nacional de Planeación. Resolución 3656 de 2012. Diciembre 20 de 2012. Por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de asociación público privada como una modalidad de ejecución de proyectos de que trata la Ley [1508](#) de 2012 y el Decreto número [1467](#) de 2012. Anexo No. 1 Metodología del Comparador Público Privado.

➤Un elemento interesante, es que clasifica legalmente las concesiones definidas en la Ley 80, como un contrato independiente, como uno de los géneros que resulta ser la especie denominada Asociaciones Público Privadas, lo que implica de hecho una modificación tácita del artículo 32 No. 4 de la Ley 80, bajo el entendido que a partir de la expedición de la Ley 1508, la concesión pierde en cierto sentido su autonomía al pasar a ser género de ésta nueva especie de contratos estatales. (Artículo 2. Ley 1508 de 2012).

Establece en su artículo 3, el ámbito de aplicación de la Ley con las siguientes precisiones:

➤Son Contratos Estatales, sujetos a las Leyes 80 y 1150, en lo que tiene que ver con su selección, celebración y ejecución. Salvo lo previsto expresamente en la Ley 1508, como norma especial.

➤Precisa que su objeto se limita al "diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos." (Artículo 3), que es encargado por una entidad estatal a un inversionista privado.

➤Establece, que la actividad o inversión será retribuida al inversionista privado con el derecho de la explotación económica de la infraestructura o servicio, y permite la existencia de aportes estatales, cuando éstos se requieran.

Revisado el articulado de ésta Ley, se encuentran algunas consideraciones importantes. El primero de ellos, que dará

lugar a múltiples discusiones doctrinarias y legales, se refiere al derecho a retribuciones, pues define los desembolsos de la entidad estatal como una retribución del concesionario, aspecto claramente contrario a lo previsto en la Ley 105 de 1993, que disponía que no podía entenderse como retribución o recuperación de la inversión, un aporte estatal. Tal vez este aspecto resulta ser el Talón de Aquiles de éste nuevo contrato estatal, y posiblemente llegue a presentar de manera posterior mayores inquietudes en la comunidad académica; pues representa entre otras, revivir las garantías mínimas de ingresos o garantías mínimas de tránsito de la primera generación de concesiones (Artículo 5. Ley 1508), las cuales se encontraban previstas en el artículo 33 de la Ley 105.

Pero aún, resulta más inquietante la posibilidad que a título de retribución al inversionista privado, se pueda dar "Cualquier otra retribución" y que en el parágrafo del mismo artículo 5, se faculte a las entidades territoriales para entregar aportes en especie.

Lo anterior resulta inquietante, pues de la misma redacción del parágrafo del artículo 5, se infiere que es posible que se tomen como retribución del inversionista privado, bienes en especie de entidades territoriales, cuyo valor pese a hacer parte de la retribución del inversionista privado, no hará parte de las limitaciones previstas en los artículos 13, 17 y 18 de la misma Ley.

Esta disposición, que permite se incluyan aportes en especie por parte de la entidad territorial; no solo es novedosa, si no que no estaba explícitamente permitida en nuestra legislación para efectos de contratos estatales.

El punto realmente álgido en el caso de aportes en especie, es el tema de aportes de bienes inmuebles, pues si dicho aporte hace parte de la retribución del inversionista privado, necesariamente implica la transferencia de la propiedad de dichos inmuebles al inversionista privado, la cual en todo caso tiene una serie de limitaciones y reglamentaciones especiales previstas en el Decreto 734 de 2012 en sus artículos 3.7.3.1 y siguientes, los cuales

regulan el procedimiento de transferencia y venta de inmuebles propiedad del Estado. No obstante lo anterior, la limitación prevista en el Decreto 1467 de 2012, que reglamentó la citada Ley, establece que los aportes en especie "deben estar relacionados directamente con la implementación y puesta en marcha del Proyecto de Asociación Público Privada", lo que de facto conlleva una limitación apenas lógica a ésta potestad, pues se limitaría entre otras a elementos o predios requeridos para el desarrollo del proyecto.

Respecto de los aportes de bienes en especie, en un plano alejado de la contratación estatal, se encuentra que dichos aportes eran usuales en los convenios de asociación previstos en el artículo 355 de la C.P., sin embargo dicha práctica ha sido restringida a partir de un concepto del Consejo de Estado en el año 2009²⁸, en el que indicó, que dichos aportes por parte de las entidades estatales, solamente podrían ser dinerarios.

La misma norma, establece que los proyectos de asociación público privada, pueden devenir de iniciativas públicas o privadas presentando una reglamentación independiente para cada uno de ellos, sin embargo, la iniciativa privada para proyectos de concesión ya existía en el artículo 32 parágrafo segundo de la Ley 80 de 1993, por lo cual, salvo nuevos beneficios y una mayor reglamentación en esencia el avance jurídico, en cuanto a éste punto no es palpable.

Otro punto importante e interesante, y que claramente no resultará llamativo para los inversionistas privados, es que al sujetarse las APP al estatuto general de la contratación pública, en lo que tiene que ver con la ejecución del contrato, a menos que se establezca que determinada APP es una concesión, no le serían aplicables, las normas de

²⁸ **CONSEJO DE ESTADO**, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, **Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO**, Bogotá, D. C., tres (3) de septiembre de 2009, Radicación numero: 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957), Actor: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, Referencia: Enajenación de bienes inmuebles fiscales. Sujeción al Estatuto de Contratación.

limitación temporal previstas para el ejercicio de los poderes exorbitantes, en el artículo 32 de Ley 105, pues claramente la norma dispone, que solo aplica para contratos de concesión "para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial" (Art. 30. Ley 105) y en consecuencia si no se precisa que es una concesión, implicaría que pese a que el inversionista haya realizado todas las inversiones, la entidad estatal, podría hacer uso de los poderes exorbitantes.

Finalmente, otro tema que resulta interesante, y que eventualmente si puede llegar a generar un avance metodológico, es la adopción de la "Metodología del Comparador Público Privado", que realizó el Departamento Nacional de Planeación mediante Resolución No. 3656 de 2012. Sin embargo, en lo que tiene que ver con el concepto de riesgo, pese a que por definición la retención y transferencia de riesgos, hace parte de lo que es una APP, al sujetarse las mismas a las reglas previstas en la Ley 80 y la Ley 1150 para la selección, celebración y ejecución de los contratos estatales, las limitaciones en materia de transferencia de riesgos previstas en el ordenamiento general, le siguen siendo aplicables, pues no genera una reglamentación diferente en materia de riesgos previsibles, y no puede generar cambios conceptuales vía una resolución del DNP. Sin embargo, el análisis de dicha metodología y sus consecuencias, beneficios -Que sin duda implica- y características puntuales, escapan al alcance de ésta tesis y el alcance de la investigación planteada, tal como se indica en la parte introductoria de ésta tesis.

II. CONSAGRACION LEGAL, REGLAMENTARIA Y POLITICA PÚBLICA DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA -SECTOR VIAL-

1. NORMAS LEGALES RELEVANTES EN MATERIA DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS.

La noción de riesgo aparece en nuestro ordenamiento en el Decreto Ley 410 de 1971 -Código de Comercio-, cuando en su artículo 1054, define el riesgo en el contrato de seguros, como "el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador", de ésta definición podemos extraer para efectos de nuestro estudio elementos que nos permiten plantear la siguiente definición de riesgo: El riesgo es un hecho futuro e incierto, ajeno a la voluntad de la parte y cuya ocurrencia implica una afectación económica del contrato; es necesario aclarar que ésta no es la definición de riesgo previsible prevista en materia de contratación estatal, si no una introducción básica del concepto general de riesgo, la cual se complementa con la definición prevista en el CONPES 3714, que define el riesgo como "Una medida de la variabilidad de los posibles resultados que se pueden esperar de un evento", la cual para los efectos del presente estudio se compagina con la definición prevista en el Código de Comercio.

Respecto del tema puntual de riesgos, no hay una reglamentación específica para el contrato de concesión de infraestructura de transporte en el subsector vial -salvo la prevista en los Documentos CONPES-, por lo cual debe sujetarse en su identificación, estimación y asignación a la reglamentación general contenida en otros textos normativos, los cuales se analizarán en el orden cronológico que han aparecido dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En el presente capítulo se analizarán los siguientes textos: 1) Las Leyes 80, 1150 y 1508, 2) Los documentos CONPES 3107, 3133 y 3714, 3) Los Decretos Reglamentarios, que de alguna manera, han presentado un desarrollo, en la materia de riesgos previsibles.

1.1 Ley 80 de 1993. Esta Ley, si bien no habla taxativamente del tema de riesgos, establece algunas normas que tienen importantes consecuencias en su distribución y permiten un adecuado entendimiento por parte del operador jurídico al abordar la materia.

En efecto, dispone que un fin de la contratación es: "La efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines"²⁹, este artículo presenta un importante avance frente a la normatividad anterior -Decreto 222 de 1983-, pues reconoce que los particulares, son colaboradores de la administración y garantiza la efectividad de sus derechos e intereses, artículo que por cierto, se debe interpretar a la luz del artículo 95 Constitucional, el cual establece que los particulares solamente están obligados a cumplir con las cargas legales a ellos impuestas y no con cargas adicionales, es decir, en lo que tiene que ver con esta investigación, solo están obligados a cumplir con las obligaciones y responsabilidades contractuales, a ellos impuestas o transferidas, que se ajusten al ordenamiento jurídico vigente.

Al referirse a los derechos y deberes de las entidades estatales, la norma establece como obligación de éstas, el mantener en ejecución de los contratos "las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer"³⁰ y se les autoriza para los efectos, el uso de unos mecanismos de intervención tales como: Ajustes,

²⁹ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 80 de 1993, publicada en Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Artículo 3.

³⁰ Ibidem. Artículo 4

intereses moratorios, revisión de precios, revisión de mecanismos de ajustes, los cuales por cierto, no han sido muy utilizados por las entidades públicas, ya sea por temor del funcionario competente o por desconocimiento del alcance de su propia competencia.

Así mismo, dispone parámetros para las actuaciones que desarrollen éstas en los contratos estatales, los cuales deben gobernar el ejercicio de sus funciones en la ejecución contractual, indicándoles que por causas imputables a la entidad no se le puede hacer más onerosa la ejecución del contrato al contratista.

Por otra parte, al referirse a los derechos y deberes de los contratistas dispone que éstos "tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato."³¹ -Aspecto que se complementa con los deberes de la entidades estatales-, y que en consecuencia los contratistas podrán solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, bajo dos parámetros: 1) Si es consecuencia de situaciones imprevistas, hasta el punto de no perdida y 2) Si es consecuencia de acciones u omisiones de la entidad, hasta el punto de obtención de la utilidad prevista al momento de contratar, es decir al restablecimiento pleno de la ecuación económica del contrato y sin salvedades, disposición que en mi concepto, implica la responsabilidad total del Estado en sus actuaciones y se compagina con lo previsto en los artículos 90 y 95 de la Constitución Política.

La Ley 80, establece que las actuaciones de las entidades en desarrollo de los contratos estatales deberán ceñirse a los principios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales, los cuales son: "transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen

³¹ Ibidem. Artículo 5.

la función administrativa"³²:

a) El principio de transparencia, dispone que no se podrán incluir ni en los pliegos ni en el contrato, reglas o normas que permitan "ofrecimientos de extensión ilimitada".

El legislador sanciona con ineficacia cualquier estipulación, que permita dichos ofrecimientos o establezca renunciaciones a reclamaciones derivadas de ofrecimientos de extensión ilimitada.³³

b) El principio de economía, establece que en la actividad contractual el Estado debe propender por "la protección y garantía de los derechos de los administrados", así sean estos contratistas o concesionarios, máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo al artículo 3 del mismo ordenamiento, el contratista es un colaborador de la administración en el cumplimiento de sus fines; y así mismo exige la que la entidad debe adelantar todos los estudios previos requeridos y que sirvan como fundamento de la contratación realizada³⁴.

c) El principio de responsabilidad, se refiere a la responsabilidad que les corresponde a los funcionarios y a las entidades estatales, que hayan elaborado estudios previos, incompletos, ambiguos o confusos³⁵, lo que implica que es deber de las entidades, que los estudios previos sean completos, suficientes y que éstos cumplan con las necesidades que deben satisfacer para garantizar que no se induzca a error a los proponentes.

³² Ibidem. Artículo 23.

³³ Ibidem. Artículo 24 No. 5.

³⁴ Ibidem. Artículo 25 No. 12.

³⁵ Ibidem. Artículo 26

Finalmente, al referirse la Ley al tema de la ecuación contractual, establece la obligación de las entidades estatales, de mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, así como el derecho al restablecimiento de la ecuación económica del contrato, en caso de ruptura; facultando a las entidades públicas a reconocer valores y costos que afecten la misma³⁶. La ecuación económica del contrato, no se refiere a otra cosa, a que las obligaciones asumidas por cada una de las partes al momento de contratar, se mantengan durante su ejecución o sean restablecidas en caso de su ruptura.

Las obligaciones asumidas legalmente por las partes, son el antecedente previo, de lo que posteriormente se denominó como "Distribución De Riesgos"; en efecto, los riesgos en materia de contratación pública, no son cosa diferente a la asunción de obligaciones en cabeza de uno u otro contratante, las cuales ineludiblemente harán parte de la ecuación económica del contrato.

Respecto de lo anterior, valdría la pena preguntarse, si ¿La distribución de riesgos planteada en la Ley 1150, constituye un avance legislativo y en estructuración de contratos? o si por el contrario, ¿La misma se hizo necesaria debido a la falta de claridad de algunos contratos estatales, los cuales implicaron importantes condenas al Estado?.

En mi concepto, amparado en la estructura de la Ley 80 como una ley de principios, debo considerar, que la inclusión del concepto de riesgo previsible, su distribución y asignación, como elemento constitutivo de la ecuación económica de los contratos estatales, que se ha realizado mediante la Ley 1150, en efecto, no constituye un avance, y lo interpreto más bien como una claridad conceptual, la cual se hizo necesario establecer de manera explícita, como consecuencia de un errado entendimiento y aplicación indebida de los principios de la contratación estatal, por parte de las entidades públicas.

³⁶ Ibidem. Artículo 27.

1.2 Ley 1150 de 2007. Ahora bien, teniendo en cuenta el recorrido normativo, realizado hasta el momento, se evidencia que en materia de Contratación Estatal, hasta ese momento no se hablaba en los textos normativos del concepto de "Riesgo" como tal, de lo cual se deduce, que hasta ese momento el tema de riesgos se manejaba en cada contrato, dependiendo su objeto, alcance y las obligaciones inherentes al mismo, las cuales como se presupone, se encontraban limitadas por las previsiones normativas contenidas en la Ley 80 de 1993, y en consecuencia conformaban también la ecuación económica al momento de contratar.

Particularmente en materia de infraestructura en el subsector vial, atendiendo la preexistencia del Decreto 423 de 2001 y las políticas previstas en los documentos CONPES, se dio aplicación a dicha normatividad de acuerdo a los parámetros y principios fijados en la Ley 80.

En la materia que nos concierne, la inclusión de los riesgos como tales dentro del marco de la contratación estatal y su elevación a la categoría de disposición normativa, implica una precisión conceptual, sin embargo esa precisión o avance representa el fracaso del denominado "Principio De Planeación", el cual tal y como ha señalado la jurisprudencia debe gobernar todos los procesos contractuales del Estado.

La inclusión de una audiencia de riesgos, más que un tecnicismo, evidencia que los estudios previos y los mismos contratos elaborados por la Administración, no poseían la claridad, determinación y profundidad que exige la Ley 80 de 1993, y como consecuencia de esas falencias en la ejecución y aplicación de la norma por parte de las entidades estatales, debió el legislador adicionar de manera expresa y taxativa, los procedimientos y obligaciones previstos en la normatividad, a cargo de las entidades estatales, con el fin que las mismas estudiaran de manera adecuada los eventuales riesgos que pueden surgir del contrato estatal y los concretaran en obligaciones, para evitar que se aumentaran, las múltiples condenas de las cuales venía siendo objeto el

Estado.

Respecto del tema puntual del riesgo, es necesario precisar, que alguna parte de la doctrina, concibe "La distribución de riesgos" planteada por el legislador³⁷ como la antítesis del Equilibrio Económico del contrato, posición que no comparto, pues en mi concepción esta nueva etapa precontractual y la inclusión taxativa del riesgo previsible, como materia objeto de estudio, implica ineludiblemente un mayor desarrollo del "Principio De Planeación"; al exigir de parte de la Administración, su aplicación taxativa y rigurosa, tal y como lo ha exigido la jurisprudencia.³⁸

No obstante lo anterior, es claro que la norma también le

³⁷ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Proyecto de Ley numero 20 de 2005 Senado, 57 de 2006 Cámara. Acumulados 13/2005, 19/2005, 32/2005, 83/2005. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia " Por su parte, en el artículo 4° se erige como regla general para la adecuada marcha de los contratos la repartición de los riesgos en él incluidos, para lo cual se asigna a las entidades la obligación de incluir en los pliegos de condiciones o términos de referencia, la estimación y tipificación de los riesgos preVISIBLES involucrados en su desarrollo y la asignación de los mismos en cabeza de la entidad y del contratista y para el caso de los procesos de licitación pública, la determinación de una etapa dentro del procedimiento de selección en la que dicha asignación pueda ser revisada y ajustada con los oferentes." y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. Gacetas: 458/2005, 656/2005, 90/2006 188/2006, 226/2006, 231/2006, 282/2006, 536/06. En: www.escuelagobierno.org/v1/archivos.php?descargar=466

³⁸ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 15 de Mayo de 1992, C.P. Daniel Suarez Hernández, Exp. 7950 "No se puede licitar, ni contratar la ejecución de una obra, sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y los presupuestos respectivos y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación. Esta determinación previa de las condiciones sobre las cuales se va a desarrollar el contrato conlleva obligatoriamente que los estudios y demás especificaciones permitan a las partes contratantes llevar a feliz término el objeto del contrato, en cuyo desarrollo los interesados pueden adelantar la actividad correspondiente dentro de un marco de confiabilidad reciproca sobre factores y condiciones que la administración ofrece y las condiciones y resultados que con base en aquellos el contratista asume"

atribuye responsabilidad al Concesionario, y le impone la obligación de revisar adecuadamente la "Distribución de riesgos Previsibles" realizada por la administración.

Entre otras, es necesario señalar que el legislador no contempló la desaparición de la obligación del restablecimiento de la ecuación económica del contrato, y por tanto, dicha obligación se mantiene vigente en cabeza de la administración, derivándose de la misma el correlativo derecho a favor del contratista, no solo porque del texto de la Ley no puede inferirse otra conclusión, si no porque en la exposición de motivos que dio origen a la citada Ley, así lo argumento el legislador.³⁹

La nueva regulación introducida por la Ley 1150 de 2007, en relación con la necesaria distribución de los riesgos contractuales en la contratación pública, obliga entonces a la Administración, a surtir una labor de planeación para estudiar, identificar y cuantificar los factores o circunstancias de peligro, amenaza o contingencias previsibles, que puedan presentarse en la ejecución de la futura relación negocial, los cuales por tanto, determinarán e incidirán en la conmutatividad de las prestaciones y harán parte de la ecuación económica del contrato. Por lo anterior, es a la Entidad Pública a la que le corresponde determinar en los pliegos de condiciones, los riesgos previsibles, estimarlos, cuantificarlos y distribuirlos.

En efecto, el Artículo 4° de ésta Ley, se refiere expresamente al tema de la "Distribución de riesgos en los

³⁹ GACETA DEL CONGRESO NO. 90 DE 2006 "En ese sentido, los ponentes consideramos que la determinación de las circunstancias que pueden dar lugar al restablecimiento de la ecuación económica del contrato, deben continuar siendo, como lo ha sido hasta ahora, de desarrollo jurisprudencial, labor que hasta la fecha a desarrollado de manera adecuada el Consejo de Estado, con base en lo preceptuado en el artículo 5.1 de la Ley 80 de 1993, según el cual los contratistas tendrán derecho a que "les restablezca el equilibrio de la ecuación económica a punto de no perdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas", En: REYES YUNIS Laura, Ley de Contratación Administrativa. Reforma a la contratación estatal. Colección de textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. 2007. Pág. 72.

contratos estatales", y lo identifica como un ítem necesario y requerido para todos los procesos de selección de contratistas, indicando que los pliegos de condiciones o sus documentos equivalentes, entiéndase términos de referencia, solicitud de ofertas, etc., deberán "estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles del contrato"; así mismo establece que de manera previa a la presentación de ofertas, los oferentes y la entidad, se reunirán⁴⁰, para determinar la asignación definitiva del contrato, que se celebrará como producto del proceso de selección.

1.3 Ley 1508 de 2012⁴¹. Esta Ley por medio de la cual se estableció el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas (APP), es producto de la evolución normativa que en materia de contratos de infraestructura se ha venido dando en

⁴⁰COLOMBIA, RAMA JUDICIAL. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., primero (1) de abril de dos mil nueve (2009), Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476), Actor: Zamir Alonso Bermeo Garcia, Demandado: Presidencia De La Republica y otros. " Del paralelo del texto de las disposiciones en conflicto, se observa que el Legislador, en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, nítidamente estableció que el momento para la asignación definitiva de los riesgos debía señalarse "con anterioridad a la presentación de las ofertas", o sea, para que se efectuase en forma previa al comienzo del plazo de la licitación, pues iniciado éste ya es posible para los oferentes formular sus propuestas a la Administración; mientras el Gobierno Nacional, en el parágrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, dejó a criterio de la entidad fijar la realización de la audiencia para ese propósito coincidiendo con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas, de donde, sin mayores elucubraciones o razonamientos, surge una modificación y contradicción a lo regulado en la Ley. Por consiguiente, la Sala decretará la medida cautelar solicitada, pero sólo respecto de la expresión "A criterio de la entidad, (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, (...)" del parágrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, y no en relación con la expresión restante del mismo, esto es, " (...)la audiencia a que se refiere el presente artículo (...) realizarse de manera previa a la apertura del proceso (...)", pues irrumpe, con meridiana claridad, que únicamente lo contenido en la primera expresión se opone a la norma que se invoca como infringida.

⁴¹ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1508 de 2012, de fecha 10 de enero de 2012. Publicada en el Diario Oficial 48308 de enero 10 de 2012.

el país. Desde su misma definición de las APP consagrada en su artículo primero, hace referencia al concepto de riesgo previsible, al indicar que los contratos que se celebren con ocasión de ésta Ley, harán referencia y tratarán el tema de "transferencia de riesgos entre las partes".

Establece como uno de los principios generales de las APP, que éstas deberán contar con una eficiente distribución y asignación de riesgos⁴², lo cual ratifica los criterios de asignación previstos en los CONPES -Que se analizarán más adelante- y la normatividad vigente, al indicar que el riesgo se trasfiere a la parte que esté en mayor capacidad de administrarlo y mitigarlo, de lo anterior se infiere, que relaciona el riesgo con el impacto que pueda tener en la disponibilidad de la infraestructura y los niveles de servicio, lo cual implica necesariamente una distribución de riesgos en las fases de construcción y operación del proyecto.

Por otra parte, determina como uno de los requisitos para proyectos de iniciativa pública "La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto."⁴³. Así mismo dispone que en la etapa de factibilidad del proyecto de iniciativa privada, es obligación del originador privado, identificar los "análisis de riesgos asociados al proyecto" y presentar "la propuesta de distribución de riesgos".⁴⁴

Salvo las anteriores precisiones, no realiza ningún aporte o avance adicional en materia de riesgos, por lo cual su análisis se limita a lo planteado en la primera parte de éste escrito, entre otras razones porque el análisis profundo de ésta normatividad, escapa al objeto y alcance de ésta

⁴² Ibidem. Artículo 4.

⁴³ Ibidem. Artículo 11.

⁴⁴ Ibidem. Artículo 14.

investigación.

2. CONSAGRACIÓN REGLAMENTARIA EN MATERIA DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS.

No obstante los Decretos 2474 de 2008 y 2025 de 2009, fueron derogados en virtud de la expedición del Decreto 734 de 2012, por medio del cual se reglamentó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, su análisis resulta procedente, para los casos puntualmente estudiados en la parte final de la presente tesis. Sin embargo, en virtud de analizar la norma que resulta vigente para efectos de la conclusión propositiva, igualmente se realizará el respectivo análisis del Decreto 734 de 2012, al igual que el CONPES 3474, textos que como se evidenciará más adelante, recogen algunas de las principales críticas al comportamiento precontractual y al entendimiento que frente a las distribución de riesgos previsibles, han asumido las entidades públicas.

2.1 Decreto 2474 de 2008 y Decreto 2025 de 2009. En aplicación de su competencia legal, el Gobierno Nacional reglamentó la Ley 1150 de 2007 mediante el Decreto 2474 de 2008. En lo que tiene que ver con riesgos previsibles, dispuso en su artículo 3, que los estudios y documentos previos en desarrollo del principio de economía previsto en la Ley 80 de 1993, debían contener:

1. La distribución de riesgos previsibles planteada o pretendida por la entidad,
2. Los soportes de la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles. Los cuales deben ser entregados a los proponentes.

En los proyectos concesionales, amparados en la reserva del modelo financiero planteado por la entidad, éstas no entregan a los proponentes los soportes de la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles, al respecto es necesario señalar desde ya, que esta actuación es jurídicamente reprochable y que según la normatividad vigente, debe cumplirse con la obligación de entrega de éstos documentos "soportes", para lo cual las entidades estatales, deberán hacer dicha proyección en un modelo financiero diferente o separado al modelo financiero del proyecto, con el fin de poder entregarlo a los proponentes, o incluir dichos soportes en estudios independientes.

Para los efectos, por estimar se entiende la "acción de dar valor a una cosa"⁴⁵ y la "modalidad de evaluación que consiste en expresar en dinero el valor de un bien"⁴⁶, es decir implica valorar o cuantificar o tasar, el monto real del riesgo como requisito para trasladarlo⁴⁷. Ahora bien, el concepto de tipificar ha sido definido en la legislación penal o sancionatoria, como "definir una acción u omisión concretas, a las que se asigna una pena o sanción"⁴⁸ lo que significa desarrollar el concepto y para nuestro caso concreto, en consecuencia lo debe hacerse es: Definir y delimitar el riesgo previsible, cuantificándolo y estimándolo.

⁴⁵ ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT, con la dirección del profesor Gerard Cornú, Vocabulario Jurídico. Temis, Bogotá Colombia 1995 Pág. 367.

⁴⁶ ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT, con la dirección del profesor Gerard Cornú, Vocabulario Jurídico. Temis, Bogotá Colombia 1995 Pág. 367.

⁴⁷ Definición de estimar: "Apreciar, poner precio, evaluar algo" Diccionario de la lengua Española 22 Edición, Real Academia Española, En http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=estimar

⁴⁸ Diccionario de la lengua Española 22 Edición, Real Academia Española, En http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=TIPIFICAR

De lo anterior, tenemos que la clara intención del legislador no fue desaparecer el equilibrio económico del contrato, como figura de derecho público en materia de contratación estatal, si no por el contrario, obligar a la administración a valorar los riesgos y determinarlos, para poder integrarlos a la ecuación económica, sin que ello implique el traslado irrestricto e ilimitado de éstos al Concesionario, o el traslado indeterminado o ilimitado en su cuantía, del valor de la pérdida que la ocurrencia del riesgo pueda generar en la ecuación del contrato, pues bajo ningún concepto puede entenderse que el contrato estatal es una apuesta o una aventura, que lleve al Contratista a aceptar o asumir un riesgo indeterminado e ilimitado, por el contrario como lo ha establecido el legislador el deber ser del contrato estatal; implica que el mismo es el resultado de un ejercicio adecuado y juicioso adelantado por parte de la administración, en el cual en desarrollo de todos sus deberes legales, ésta ha planeado, estructurado e identificado todas las aristas y elementos del contrato a celebrarse con el concesionario.

En consecuencia, como se verá más adelante, la administración ha entendido erróneamente y ha desconocido las obligaciones a su cargo, omitiendo los verbos rectores incluidos por el legislador y por el ejecutivo, al omitir "estimar" y "tipificar" los riesgos previsibles, tal y como le ordena la Ley, afectando así de nulidad o ineficacia según sea el caso, la mayoría de distribuciones de riesgos, realizadas en los procesos licitatorios, consecuencias que serán analizadas más adelante en ésta tesis.

De la revisión de las distribuciones de riesgos planteadas por los entes estatales, se evidencia la superficialidad con la que han sido tomados estos verbos rectores, en las matrices de riesgos planteadas en los procesos licitatorios, lo que implica un desconocimiento pleno de ésta figura y inaplicación plena del concepto de riesgos previsibles, introducido por el legislador, como un elemento constitutivo e integrante de los estudios previos⁴⁹.

⁴⁹ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 1 de Junio de 1995, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 7326 "La contratación administrativa no es, ni puede ser, una aventura, ni un procedimiento emanada de un poder discrecional,

La distribución de riesgos debe tener una razón de ser, un fundamento, un análisis y sobre todo cumplir con los verbos rectores de "estimación, cuantificación y tipificación" exigidas en la norma positiva.

Al respecto, es necesario recordar los alcances del principio de planeación⁵⁰, frente a lo que debe ser un estudio fundamentado que lleve a una adecuada distribución de riesgos previsibles, así:

1. La contratación estatal exige el cumplimiento de las exigencias técnicas, la determinación clara, expresa y completa de los estudios previos, ahora incluidos entre ellos, los riesgos previsibles del contrato. Es decir, el riesgo previsible debe ser claramente determinado en su objeto y alcance por parte de la administración⁵¹, debe ser íntegro y completo⁵².

sino, por el contrario, es un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino, por el contrario, es un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección, ejecución e Interventoría, orientado a impedir el despilfarro de los dineros públicos"

⁵⁰ SANTOFIMIO G. Jaime Orlando, Delitos de Celebración Indevida de Contratos. Universidad externado de Colombia, Bogotá D.C., Primera Edición, 2000. Pág. 148.

"Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales"

⁵¹ SANTOFIMIO G. Jaime Orlando, Delitos de Celebración Indevida de Contratos. Universidad externado de Colombia, Bogotá D.C., Primera Edición, 2000. Pág. 150. "La primera de las exigencias que el legislador establece en virtud del principio de la planeación es la conocida en la doctrina como del cumplimiento de exigencias técnicas previas, cuando la complejidad técnica del objeto a contratar así lo exija." (...) "El legislador le traslada la obligación perentoria e inobjetable, a los responsables de la contratación, pública de cada entidad estatal, de seleccionar, definir y perfeccionar los objetos a contratar a través de estudios, diseños o proyectos, de manera que se puedan visualizar sus más profundas intimidades, con el propósito de obtener los elementos objetivos para elaborar los pliegos de condiciones"

⁵² COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Bogotá, D. C., trece (13) de febrero de dos mil seis (2006), Radicación número: 44001-23-31-000-2003-00090-01(AP), Actor: Miriam De Luque Semprum, Demandado: Departamento De La Guajira Y Otro, Referencia: Accion Popular "el principio de la planeación; el cual es uno de los preceptos rectores que rige la contratación"

En líneas generales implica que no se puede inducir a error al licitante, por lo cual, desde ya se afirma, que las distribuciones de riesgos que no impliquen ni tengan cuantificado el valor del riesgo que se asume, o el porcentaje de ese riesgo que está cubierto por el contratista o concesionario, carecen de los elementos legales exigidos por el legislador, para ser vinculantes, y en consecuencia, como ya se señaló las mismas resultarán ineficaces o nulas, según sea el defecto legal del cual adolezcan.

Lo anterior, es ratificado por la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007, cuando señala que el sentir de la inclusión de los riesgos previsibles en los estudios previos y en general en la etapa precontractual de los procesos de contratación, implica por parte de la administración la obligación de realizar un mayor esfuerzo, que conlleve un ejercicio más juicioso y estricto del principio de planeación⁵³, ello significa que la obligación de estimar, tipificar cuantificar y asignar los riesgos previsibles, no puede ni debe ser desconocida, ni tampoco puede tratarse de la manera superficial como se ha hecho hasta ahora.

estatal. Este principio no se encuentra sistemáticamente consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano, pero su esencia se encuentra expresada en varios preceptos constitucionales y en diferentes normas del estatuto contractual. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera que en la ejecución del contrato de obra 009 de 2000, no existió una correcta planeación técnica, pues como se deduce del material probatorio, los estudios realizados fueron incompletos, al punto, que fue necesaria la paralización de la obra en varias oportunidades, por falta de planos y diseños adecuados, al igual que la carencia de licencias de construcción que debían expedirse por las autoridades municipales y ambientales, lo cual no permitió ejecutar la obra con el presupuesto y el tiempo inicialmente estipulado.

⁵³ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA, Exposición de motivos del proyecto de Ley 20/2005, Senado en Gaceta del Congreso, No. 458 del 1 de agosto de 2005. “el proyecto que se presenta busca orientar a las entidades hacia el fortalecimiento de los procesos de planeación permitiendo la estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución, el diseño adecuado a la naturaleza de los diferentes objetos contractuales”

Esta obligación implica que cada matriz de riesgo, debe venir precedida de estudios, análisis y valoraciones que justifiquen los datos, proporciones e informaciones en ellas incluidas, y no como ha venido sucediendo en nuestra contratación, en la cual simplemente se identifica o nombra el riesgo - Muchas veces sin explicación-, y se indica la parte contractual a quien se asigna, sin ninguna otra consideración, sin establecer el valor del riesgo o el impacto que pueda generar en el contrato, para la parte que deba soportarlo.

En consecuencia, se concluye que la Administración no puede:

- a) Escudarse en su discrecionalidad, para caer en la ilegalidad que implica el desconocimiento del denominado Principio De Planeación⁵⁴.
- b) Elaborar matrices de riesgo superficiales o superfluas, las cuales no cumplen con las exigencias normativas respecto de sus condiciones de formación y existencia.

2. La Planeación⁵⁵, exigida por el legislador,

⁵⁴ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de febrero 25 de 2009. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16103. "La planeación constituye una fase previa y preparatoria del contrato, que determina su legitimidad y oportunidad para la consecución de los fines del Estado y permite políticamente su incorporación al presupuesto por cuanto la racionalidad de los recursos públicos implica que todo proyecto que pretenda emprender la Administración Pública debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica, así como el impacto social que ésta tenga en la satisfacción de las necesidades públicas."

⁵⁵ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La Configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español. Principio de planeación. Ediciones Universidad Externado de Colombia, Páginas. 586 y 587 "La Planeación básicamente puede definirse como una herramienta para la gestión contractual pública, que implica que todo proyecto que pretendan adelantar las entidades públicas debe estar precedido de estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y

implica el desarrollo de estudios, que en un proyecto conllevaban entre otras la valoración de su viabilidad técnica y económica, la determinación de la factibilidad, alcances e implicaciones; siendo ello presupuesto de legalidad del proceso licitatorio.

3. Como elementos determinantes, que deben incluir los estudios previos, y que implican responsabilidad por parte de la entidad y el funcionario, en caso de no realizarlos, están los siguientes:

"(...) (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;

ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja;

(iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás (...) características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc;

(iv) los costos, valores y alternativas que, a

económica, con ello se pretende dar aplicación a la racionalidad del gasto público en concordancia con las necesidades públicas en un momento determinado, razón por la cual, previamente a la ejecución de un contrato, la administración debe efectuar los estudios de factibilidad, proyectos e investigaciones necesarios para determinar su conveniencia, necesidad, oportunidad y valor aproximado de acuerdo con la fluctuación y estado del mercado". "La planeación se configura como un presupuesto inherente al tema contractual de la administración pública, no solo en Colombia sino a nivel mundial, es un concepto propio de un Estado social de Derecho, como criterio organizador de la legalidad y del interés general. La planeación se utiliza en todos los niveles del Estado, especialmente en la contratación pública, donde se constituye en un principio de control y organización tanto en lo económico como en lo logístico, asociado con la concepción genérica referida a la forma de distribuir el gasto público.". En: IBÍDEM; 51.

precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto (...)”⁵⁶

El Decreto 2474, fue mucho más allá del concepto de riesgos previsible, previniendo en su artículo 88 lo siguiente:

“Determinación de los riesgos preVISIBLES. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales. La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo. Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego, o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

⁵⁶COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gomez, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854), Actor: Hernan Duarte Esguerra, Demandado: Instituto De Desarrollo Urbano- IDU-.

La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo. La presentación de las ofertas implica de la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en dicho pliego. Parágrafo. Modificado por el art. 8, Decreto Nacional 2025 de 2009. La audiencia a que se refiere el presente artículo, realizarse de manera previa a la apertura del proceso.”

El anterior artículo, nos otorga mayores elementos, que día a día, han sido desconocidos e inaplicados por las entidades estatales en desarrollo de los diferentes procesos licitatorios, elementos que analizaré a continuación, así:

1. Nos presenta, la primera definición de riesgo que da la legislación en materia de contratación estatal, al definir el riesgo como “todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo.”⁵⁷

2. Establece que el riesgo solo es previsible, si es previamente identificable y cuantificable, se llama la atención sobre éste último elemento pues pese a la claridad del mismo, su contenido y alcance ha sido desconocido por las entidades públicas e incluso por algunos documentos CONPES, como se indica más adelante en el presente escrito.

⁵⁷ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, DECRETO 2474 de 2008.” Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.” Publicado en el Diario Oficial 47.043 de julio 7 de 2008

3. Es obligación exclusiva de la entidad, "tipificar" y "cuantificar", la afectación que pueda tener el contrato en su ecuación financiera, en caso que el riesgo previsible acaezca.

4. La identificación del riesgo no implica su asignación total, puede ser asignado parcialmente.

5. La identificación del riesgo, permite el establecimiento de mecanismos para recobrar el equilibrio económico del contrato, para lo cual es necesario y mandatorio establecer su cuantificación y estimación, debido a que es con base en esos valores que surge la ecuación económica del contrato, de lo contrario el riesgo no puede ser trasladado.

6. Crea una obligación en cabeza de los proponentes que es pronunciarse mediante observaciones a los pliegos, y en la audiencia de riesgos, respecto de la distribución de riesgos planteados por la entidad.

7. La presentación de una oferta implica la aceptación de la distribución de riesgos, prevista en los pliegos de condiciones⁵⁸, así mismo establece que la audiencia de riesgos deberá celebrarse antes de la apertura del proceso licitatorio o su equivalente.

⁵⁸ Es necesario, señalar que el Decreto 2474 de 2008, fue adicionado en su artículo 5 que se refiere a los pliegos de condiciones y al cronograma de la licitación precisando que la audiencia de asignación de riesgos debe hacerse antes de iniciar el proceso licitatorio. En efecto el Decreto 2025 de 2009 señala en su artículo primero lo siguiente: "Artículo 1. Adiciónese un tercer párrafo al artículo 5 del Decreto 2474 de 2008 del siguiente tenor: Parágrafo 3. Para los efectos del numeral 3 del presente artículo, en el cronograma de las licitaciones públicas se señalará con precisión el plazo a que se refiere el primer inciso del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que de manera previa al inicio del mismo, se deberá realizar en audiencia la revisión de la asignación de los riesgos consagrada en el segundo inciso del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007"

2.2 Decretos 734 de 2012 y 1510 de 2013. Este Decreto, por medio del cual se reglamento el “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” y que entre otras derogó los Decretos ya analizados, dispuso frente al tema de riesgos previsibles, lo siguiente:

➤ Incluye el tema de riesgos previsibles, dentro del del capítulo de planeación contractual, haciendo referencia a ellos como parte de estudios y documentos previos⁵⁹ y obligando a la entidad a entregarlos al contratista, para que éste pueda “valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad así como la distribución de riesgos” que la entidad pretende o propone.

➤ Establece que en el caso de concesiones “la entidad contratante no publicará el modelo financiero utilizado en su estructuración.”⁶⁰ No obstante, nada dice frente al tema de riesgos por lo cual deberá como se indicaba en el literal anterior frente al Decreto 2474 de 2008, realizar el análisis y soporte de la distribución de riesgos de manera separada a la prevista en el modelo financiero. Lo anterior se ratifica, al indicar en el numeral 6 del Artículo 2.1.1. Que deberá estar a disposición del proponente “El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato”.

Ahora bien, respecto de la determinación del riesgo previsible, mejora la redacción del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, haciendo algunas precisiones conceptuales de vital importancia, en su artículo 2.1.2:

⁵⁹ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, DECRETO 734 de 2012. Publicado en el Diario Oficial 48400 de abril 13 de 2012. Artículo 2.1.1

⁶⁰ Ibídem.

- Riesgo previsible en materia de contratación estatal: Es el que puede presentarse en desarrollo y ejecución del contrato, y afectar su equilibrio económico. Pero dada su previsibilidad, se transfiere a una de las partes y se regulan desde la etapa precontractual sus efectos adversos, excluyéndolos del concepto de imprevisibilidad previsto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993.
- Ratifica que el riesgo es previsible solamente si es identificable y cuantificable, lo que no implica nada diferente a que un riesgo que no esté cuantificado, no puede tener la connotación de previsible y por ende no puede ser trasladado.
- Recalca, que es obligación de la entidad, en sus pliegos de condiciones o documentos equivalentes, tipificar y estimar cualitativamente y cuantitativamente, la probabilidad e impacto económico que generará para la parte que deba soportarlo, en caso de su acaecimiento.

Por otra parte, reproduce en su integridad, lo relativo a la oportunidad de presentar observaciones y manifestarse sobre la distribución de riesgos, y los efectos de la audiencia de riesgos, así como la consecuencia legal de la presentación de la oferta, la cual genera una presunción de aceptación del esquema y distribución de riesgos planteados por la entidad en sus pliegos, en éste sentido reproduce lo previsto en el derogado Decreto 2474 de 2008, ya analizado, por lo cual son igualmente aplicables las consideraciones y manifestaciones realizadas, en el acápite anterior.

Finalmente en su artículo "2.2.9. Ofrecimiento más favorable a la entidad." Establece que en "los procesos de selección por licitación, de selección abreviada para la contratación de menor cuantía", la mayor oferta en asunción de riesgos previsibles, como un elemento para determinar la oferta económica más ventajosa, para la entidad contratante, aspecto

que si puede llevar a que en un proceso licitatorio, algún proponente llegue a asumir de manera libre y voluntaria la totalidad de riesgos previsibles, identificados por la entidad en sus pliegos de condiciones.

Es necesario señalar que mediante Decreto No. 1510 de fecha 17 de Julio de 2013, por medio del cual se reglamentó el sistema de compras y contratación pública, se derogó el Decreto 0734 de 2012. No obstante, esta nueva normatividad escapa al alcance de nuestra investigación teniendo en cuenta el periodo y limite espacial fijado para el desarrollo de la misma, si se hace necesario hacer una breve mención de la misma en lo que tiene que ver con el concepto de distribución de riesgos. Por lo cual a continuación, enunciare algunas de las principales disposiciones que en esta materia se incluyeron en dicho decreto:

➤ Se incluye el concepto de riesgo, el cual define como "un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del proceso de contratación o en la ejecución de un contrato"

➤ En su artículo 15 incluye la Fase de análisis de riesgo, como una parte de la etapa de planeación del contrato. Y establece que los riesgos de la contratación, son unos de los elementos que debe tener en cuenta la entidad para determinar los requisitos habilitantes del proceso de selección.

➤ Establece en cabeza de la entidad la obligación de evaluar el riesgo "que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos" y los sujeta a los "manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente." (Artículo 17), en este punto se considera que no es claro si se hace referencia la evaluación de riesgos previsibles, o al posible riesgo o daño que podría asumir en caso que no se cumpla el contrato adecuadamente, como ocurre con algunas metodologías utilizadas por el Banco Mundial, para determinar, la viabilidad de algunas inversiones y el costo de no hacerlas.

➤ Establece que el análisis del riesgo y su forma de mitigación hacen parte de los estudios previos (Artículo 20).

➤ Indica que los pliegos deben contener los riesgos asociados al contrato, su mitigación y asignación (Artículo 22).

➤ Ratifica que una oferta que asuma más riesgos, es una propuesta más favorable (Artículo 26).

➤ Establece en su artículo 39 , que en la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de adjudicación y asignación de riesgos, lo cual considero un contrasentido, pues ello implicaría que la audiencia de riesgos es posterior al cierre de la licitación y presentación de ofertas por parte de los oferentes, lo cual contraviene lo previsto en el artículo 4 de la Ley 1150 que señala "deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva."

➤ Es conveniente señalar, que a diferencia de sus Decretos antecesores, el lenguaje utilizado en el Decreto 1510 hace referencia al concepto de riesgo de manera general y no de "riesgo previsible", sin embargo, a la luz de lo dispuesto en la Ley 1150, se debe entender que el riesgo al que se refiere es el previsible.

Salvo las anteriores consideraciones, no hace referencia a otras modificaciones o disposiciones que se consideren relevantes, para el concepto de riesgo previsible, por lo cual habrá que esperar la posterior reglamentación de éste

asunto. Sin embargo, se precisa que en mi concepto evidencia un retroceso en el manejo y reglamentación dl riesgo previsible.

2.3 Decreto 1467 de 2012⁶¹. Este Decreto, por medio del cual se reglamentó la Ley 1508 de 2012, establece una distribución de riesgos especial para éste tipo de contratos, la cual básicamente consiste en:

➤Que la "tipificación, estimación y asignación definitiva de los riesgos del proyecto de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007, los Documentos CONPES y las normas que regulen la materia."⁶²

➤La responsabilidad de adelantar éste proceso de identificación y cuantificación del riesgo previsible es de la entidad estatal, para los efectos remite esta obligación a las normas generales. (Artículo 35).

➤Establece que una reglamentación puntual para el tema de obligaciones contingentes, en los procesos de asociación público privada, y las relaciona directamente con la distribución de riesgos previsibles, así: "Cualquier modificación o ajuste sobre la valoración de obligaciones contingentes aprobada que implique un cambio en el esquema de tipificación, estimación y asignación de riesgos obligará a la entidad estatal competente a iniciar nuevamente todo el proceso de valoración de obligaciones contingentes." (Artículo 37)

⁶¹ Publicado en el Diario Oficial No. 48483 de julio 6 de 2012.

⁶² COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, DECRETO 1467 de 2012. Publicado en el Diario Oficial No. 48483 de julio 6 de 2012. Artículo 23 NO. 23.3.1.

Frente al resto de elementos y consideraciones se remite a las normas generales, por lo cual le son aplicables las consideraciones planteadas frente a los Decretos anteriores.

Ahora bien, como se señaló en éste escrito en aplicación de lo dispuesto en el Decreto 1467 de 2012, el Departamento Nacional de Planeación adoptó mediante resolución No.3656 de 2012 la Metodología del Comparador Público Privado, la cual consiste básicamente en evidenciar mediante un ejercicio comparativo, los beneficios y costos para la entidad pública de acudir a un APP sobre un contrato de obra pública. Frente al tema de riesgos el modelo requiere establecer la determinación de los riesgos previsibles que asume la entidad, como supuesto base para incluir algunas variables como costo del riesgo retenido y costo del riesgo transferido, la matriz del comparador público privado incluye en el riesgo retenido, el concepto de valoración de obligaciones contingentes al que ya se ha hecho referencia en otros apartes de éste escrito, se precisa que las obligaciones contingentes siempre serán riesgos previsibles, si son asumidos por la entidad e incluidos en la matriz de riesgos.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

En materia de riesgos, el gobierno fija sus políticas públicas mediante la expedición de documentos CONPES, los cuales han establecido una "Política de manejo de riesgo contractual del estado para procesos de participación privada en infraestructura"⁶³ y la política en el manejo "Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación"⁶⁴ disposiciones que son de obligatoria aplicación en desarrollo de la actividad estatal en materia de proyectos de infraestructura, entre ellos los contratos de

⁶³ COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, documento CONPES 3107. Abril 3 de 2001.

⁶⁴ COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, documento CONPES 3714. Diciembre 01 de 2011.

concesión de obra pública de infraestructura del subsector vial, objeto de nuestro estudio.

Siguiendo la definición legal, el riesgo es un hecho futuro e incierto que puede afectar la ecuación económica del contrato, y el cual ha sido consagrado bajo el concepto de obligaciones contingentes definidas legalmente como "las obligaciones pecuniarias sometidas a condición"⁶⁵, definición que fue ampliada por el Decreto Nacional 423 de 2001, como las obligaciones⁶⁶ que contractualmente una entidad estipula, y que consisten en el pago de una suma de dinero determinada o determinable a favor de su contratista "a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto".

El citado Decreto, ordena la creación de una política de riesgo contractual a nivel estatal, en la que se establezcan "los principios, pautas e instrucciones", para que en los proyectos de infraestructura se puedan pactar obligaciones contingentes a cargo de las entidades sometidas a dicha reglamentación⁶⁷; delegando para los efectos en "El Consejo de Política Económica y Social", la función de orientar dichas políticas, estableciendo en consecuencia la obligatoriedad de las mismas, al disponer que las entidades sometidas al régimen de obligaciones contingentes "deberán ajustarse a la política de riesgo contractual del Estado"⁶⁸; en consecuencia, todos los operadores jurídicos vinculados al

⁶⁵ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 448 de 1998. "Por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público." Publicado en el Diario Oficial 43345 de Julio 23 de 1998. Artículo 1.

⁶⁶ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, Decreto 423 de 2001 "Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 448 de 1998 y 185 de 1995". Publicado en el Diario Oficial 44361 de Marzo 19 de 2001. Artículo 6.

⁶⁷ Ibídem, Artículo 15.

⁶⁸ Ídem.

Estado, deberían aplicar la política de riesgos contractuales que fijase el CONPES.

Ahora bien, el citado Decreto estableció los principios orientadores que limitan la política de riesgo que puede asumir el Estado, y que por estar consagrados expresamente, implican que su incumplimiento genera una condición de ilegalidad en las políticas que asuma el CONPES. En desarrollo de lo anterior, el artículo 16 de dicha normatividad expresamente señala, cuales son los riesgos que pueden asumir las entidades estatales, limitándolos a los "riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas"⁶⁹, por otra parte frente a los contratistas o concesionarios en el caso que nos atañe, también limita los riesgos que eventualmente les pueden ser trasladados como "aquellos determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad".⁷⁰

La citada normatividad, asimila para efectos presupuestales, los contratos de concesión de infraestructura, servicios públicos y los de proyectos de infraestructura en los que participe capital del sector privado, incluyendo allí como obligaciones contingentes, los pagos que se encuentren sometidos a condición o plazo, como los aportes que hacen las entidades públicas, y los cuales generalmente son diferidos en las etapas de contrato. No obstante lo anterior, es necesario precisar, que para efectos de ésta investigación, ello no es de nuestro resorte.

Ahora bien, establecida la competencia del Consejo Nacional de Política Económica y Social en materia de riesgos contractuales, así como la obligatoriedad de la política que éste disponga, puedo abordar el estudio de los documentos CONPES, que definen la política estatal de riesgos en proyectos de infraestructura con participación de capital del

⁶⁹ Ídem. Artículo 16.

⁷⁰ Ídem. Artículo 16.

sector privado.

3.1 Documento CONPES 3107. "Política de manejo de riesgo contractual del estado para procesos de participación privada en infraestructura". Este documento establece los lineamientos de manejo del riesgo contractual, para los sectores de: Transporte, energía, comunicaciones, agua potable y saneamiento básico. Para efectos de éste trabajo, únicamente me detendré en los conceptos generales, aplicables a los sectores y abordaré en específico, la distribución de riesgos planteada para el sector de transporte, en lo referente al tema de vial.

El documento establece o define una serie de riesgos que han sido identificados en "Esquemas de participación privada y/o vinculación de capital privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura", así:

- **Riesgo Comercial:** Consiste en el riesgo vinculado a al aumento o disminución de los ingresos operativos del proyecto, incluye los denominados riesgos de demanda⁷¹ y cartera⁷². La jurisprudencia arbitral ha entendido este riesgo como el asociado a "(...)fluctuaciones en las variables que afectan las proyecciones de ingresos y en su efecto sobre la rentabilidad del negocio, esto es, de una parte el tráfico y de otra, las tarifas."⁷³

⁷¹ Entendido éste como el riesgo referido cambios de hábitos de Consumo, disminución del tráfico esperado, negativas a las tarifas.

⁷² URUETA ROJAS, Juan Manuel, El Contrato de Concesión de Obras Públicas Project Finance y Partenariado Público - Privado. Segunda Edición. Grupo editorial Ibañez. Bogotá D.C. 2010. Pág. 220 "Riesgo de Cartera: Se origina en la imposibilidad del cobro de tarifas o tasas, es llamado riesgo de cartera y surge debido a factores de mercado o a causa de la evasión".

⁷³ COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL, Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías, Agosto 24 de 2001, Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil uno (2001).

- Riesgo de Construcción: Vinculado a las variables que puede conllevar la construcción del proyecto como tal, algunos ejemplos típicos de éste riesgo son: Mayores cantidades de obra, variación de los precios unitarios, aumento del plazo, mayor permanencia en obra, stand by de Maquinaria, equipos, materiales, etc. El CONPES incluye dentro de éste el riesgo geológico -Lo cual considero que no es acertado, como se indicará más adelante-.

- Riesgo de Operación: Como su nombre lo indica se vincula a la etapa de operación del proyecto, o la prestación del servicio; puede consistir en los mayores costos que genere la operación de la vía concesionada, costos que se encuentran asociados a diferentes causas y factores, como son: Mayores costos de mantenimiento; mayores costos de operación, aumento del precio de los insumos, interrupciones de la operación, etc.

- Riesgo Financiero: Implica dos elementos esenciales, el primero es la consecución de la financiación y la obtención del cierre financiero del proyecto, y el segundo es lo que tiene que ver con las condiciones financieras que pueden afectar el proyecto, tales como son tasas y plazos. La jurisprudencia Arbitral ha entendido este riesgo en los siguientes términos:

"El riesgo financiero se asocia a fluctuaciones en las variables de tasa de interés, (costo y volatilidad), plazo, estructura de capital y tasa de cambio, y su efecto sobre la rentabilidad de un negocio."⁷⁴.

⁷⁴ Ibidem.

- **Riesgo Cambiario:** Es el riesgo que se asume cuando una de las fuentes de financiación está dada en una moneda distinta a la prevista para los ingresos, es decir, el proyecto reporta sus ingresos en pesos, pero la financiación del mismo fue tomada en dólares y el dólar reporta un aumento desmedido en la tasa de cambio. En mi concepto debe hacer parte del riesgo financiero, pues no tendría la vocación de constituir un riesgo independiente.

- **Riesgos Regulatorios:** Es el derivado de la reglamentación específica del sector, o de cambios regulatorios, administrativos o legales, que generen un impacto en la estructura financiera del proyecto. Aquí, se encuentra incluido el denominado riesgo tributario.

- **Riesgos de Fuerza Mayor.** Diferencia los riesgos derivados de fuerza mayor asegurable y no asegurable, es necesario precisar que éste tipo de riesgo es ajeno a la voluntad y control de las partes del contrato. Define los asegurables como los derivados de actos de la naturaleza y los no asegurables como los actos de orden público, terrorismo, etc.

- **Riesgo de adquisición de predios:** Se refiere a dos elementos esenciales, el primero la disponibilidad y la compra del predio y el segundo el precio.

- **Riesgo Ambiental.** Se refiere a las obligaciones de carácter ambiental derivadas de los permisos y licencias ambientales y planes de manejo ambientales, que se encuentran vinculadas al contrato.

- **Riesgo Soberano o Político.** Es el referido a cambios en la legislación, situación macroeconómica, y política del país.

El documento CONPES, establece dos reglas, que serán posteriormente, reproducidas por sus predecesores, y en general por cualquier reglamentación que trate la materia, sobre las condiciones o requisitos básicos para transferir un riesgo, las cuales son:

- Al que esté en mejor disposición de evaluarlo, controlarlo y administrarlo;
- A quien disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación.

Finalmente en el caso de la política de riesgos del sector transporte, se limita a hacer recomendaciones frente a 4 de los 10 riesgos, identificados o definidos. Recomendaciones que consisten a quien se le debe asignar el riesgo, así:

- Compra de predios: Radica como regla general, el riesgo de mayor valor del contrato y del cronograma de disponibilidad de predios, en cabeza de la entidad estatal. Puesto que la compra viene precedida de un procedimiento administrativo, que determina el valor cada predio, la oferta que plantea la entidad, así como la expropiación administrativa como última medida para adquirir el predio, caso en el cual, será la entidad la que fije el precio del inmueble; hay que recordar que cuando el concesionario negocia predios para un proyecto, lo hace como un mero mandatario de la entidad, pues ella es la dueña de la obra, y la que determina el valor de los predios por expreso mandato de la Ley 105.
- Imparte así mismo claras instrucciones al indicar que "La gestión de la compra es compartida entre las partes. Deberá estar a cargo del concesionario toda la gestión de la compra y la financiación." El riesgo en cabeza del concesionario se limita a la gestión de compra y la financiación del proyecto, disponiendo los recursos, para pagar la compra o expropiación.

Cuando se requiera expropiación, este riesgo estará en cabeza de la entidad, así como las consecuencias de la disponibilidad o de la indisponibilidad de predios que se pueda generar, por las eventuales demoras del proceso de expropiación. No se puede trasladar al concesionario el mayor valor de los predios, que se pueda dar como consecuencia de una demanda; pues el proceso de expropiación es competencia exclusiva del ente estatal, y finalmente será ella la propietaria de los predios.

- **Licencias Ambientales y/o Permisos Ambientales:** Establece que para poder transferir este riesgo al concesionario, se debía contar antes del cierre de la licitación con la licencia o permiso ambiental, de lo contrario el riesgo es de la entidad pública.

Al respecto es necesario señalar que el Consejo de Estado ha señalado, que si el objeto de la concesión no incluye el diseño de la obra si no solamente la construcción, debe entregarse en la licitación la licencia ambiental⁷⁵. En el caso que el objeto de la contratación incluya el diseño de la obra, debe entregarse el diagnóstico ambiental de alternativas, pues la licencia ambiental solamente podrá ser obtenida una vez sea haya realizado el diseño definitivo del proyecto y el estudio de impacto ambiental.⁷⁶

⁷⁵ SANTOFIMIO G., Jaime Orlando Delitos de Celebración Indebida de Contratos. Universidad externado de Colombia, Bogotá D.C., Primera Edición, 2000. Pág. 174. "la obligatoriedad de la obtención de este tipo de decisiones administrativas previas se deduce de la lectura del numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, cuando de manera expresa señala que las autorizaciones o aprobaciones para desarrollar el objeto contractual deberán impartirse con antelación al inicio de los procesos de selección o a la firma del contrato"

⁷⁶ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: Augusto Trejos Jaramillo, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dos (2002)., Radicación número: 1429, Actor: Ministro De Transporte "Si el objeto de la contratación no incluye el diseño de la obra, la entidad contratante, con anterioridad a la apertura de la licitación o a la suscripción del contrato -si hay contratación directa-, debe entregar los estudios y diseños

- Riesgos de Fuerza Mayor Asegurable: Establece que estará a cargo del Concesionario la fuerza mayor asegurable, y que la fuerza mayor no asegurable estará a cargo de la entidad pública, traslada el riesgo político al concesionario.

Respecto del traslado del riesgo denominado "Fuerza Mayor Asegurable" al Concesionario, es necesario señalar que ese en esencia no es un riesgo previsible, y por ende no es posible su traslado al concesionario; lo que sí traslada la entidad pública, es el costo y gestión de compra de la póliza, costo que finalmente incluye el concesionario en su correspondiente estructura de costos y propuesta; el cual termina siendo asumido y pagado en su integridad.

Esta práctica solamente conlleva que el Estado pague más por sus contratos, pues el concesionario simplemente adquiere una póliza de seguros, contrario a lo indicado, el concesionario no está asumiendo ningún riesgo, asume la obligación de adquirir una póliza, la cual el Estado podría conseguir a mejores precios.

definitivos al contratista en Fase III, es decir, el diseño ya ejecutable para que con base en él los licitantes preparen su propuesta y el contratista adjudicatario del contrato construya la obra. En este evento, dentro de la licitación debe entregarse a los proponentes la licencia ambiental con el fin de que incluyan en su propuesta los costos de las obras de mitigación de impacto ambiental, determinadas por la autoridad ambiental, a menos que asuma el riesgo ambiental y así lo especifique en el pliego de condiciones. Si por el contrario, el objeto de la contratación incluye el diseño de la obra, la entidad debe elaborar con antelación a la apertura de la licitación o de la firma del contrato los estudios correspondientes, incluido el diagnóstico ambiental de alternativas, si la contratación se adelanta mediante el sistema de concesión, para que el contratista en la etapa de preconstrucción realice el diseño definitivo con base en los estudios entregados por la entidad. Una vez se tengan el diseño definitivo y el estudio de impacto ambiental se procede a solicitar la respectiva licencia ambiental."

En consecuencia, para el Concesionario claramente no es un riesgo, lo que existe es un costo, que como se señaló igualmente se traslada al Estado, en la estructura de costos del proyecto.

3.2 Documento CONPES 3133. Modificaciones a la política de manejo de riesgo contractual del estado para procesos de participación privada en infraestructura establecida en el documento CONPES 3107 de abril de 2001. El documento CONPES 3133, aclara el tema del riesgo ambiental y determina políticas de asignación del riesgo en cabeza de los concesionarios para los diferentes sectores, adicionalmente establece una política de distribución de riesgos unificada para el sector transporte, éste nuevo documento, varía las recomendaciones por asignaciones permanentes del riesgo previsible⁷⁷, salvo excepciones expresas, en muchas ocasiones desconocen los parámetros fijados por las normas legales, como se explica detenidamente a continuación:

- Riesgo de construcción: En cabeza del concesionario⁷⁸. Excepcionalmente podrán otorgarse garantías que permitan cubrir parcialmente el riesgo por parte de la entidad, cuando no exista información suficiente.

Lo curioso de la asignación de éste riesgo, es que dentro de él, se incluye el riesgo geotécnico o geológico, el cual de acuerdo a una parte de la doctrina y a los fallos arbitrales y judiciales, debe ser limitado o estar en cabeza de la entidad estatal, pues tal como se verá más adelante, el impacto que éste riesgo puede revestir en el valor total del contrato, puede llegar a ser significativo y en ocasiones mayor al costo del proyecto.

⁷⁷ A diferencia del CONPES 3107 que establecía recomendaciones.

⁷⁸ COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL, World Parking S.A. v. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU Agosto 25 de 2000. "el concesionario debe asumir alguna parte los riesgos implícitos en la concesión de obras públicas y no necesariamente la totalidad de ellos y que, en todo caso, dentro de los que debe asumir se hallan comprendidos los riesgos propios de la construcción de la obra."

En mi opinión, el riesgo geológico no puede hacer parte del denominado riesgo de construcción, si bien puede generar efectos en la construcción, es un riesgo independiente que proviene de un factor externo "La naturaleza", por lo que no se ajusta a la concepción o definición del riesgo de construcción, que implica por sí misma una actividad que pueda controlar o soportar o limitar o mitigar mejor el concesionario.

Este traslado del riesgo geológico, camuflado dentro de los riesgos de construcción, desconoce incluso la previsión del artículo 16 del Decreto 423 de 2001, que establece que solamente el riesgo susceptible de lucro, puede ser trasladado.

El problema que se plantea frente al riesgo geológico, desde el punto de vista de las consecuencias de ausencia o confiabilidad de la información.

La ausencia de información confiable y definitiva⁷⁹, que desde los estudios previos permita al proponente, prever en su estructura de costos, el valor de las actividades que pueda implicar este riesgo. Lo que implica que si dicha información y datos no existen o no se cuenta con ellos al momento de la licitación, o la administración se niega a publicarlos como sucedió en la audiencia de riesgos del proyecto denominado "Ruta Del Sol Tramo 3", su traslado así se encuentre en la matriz de riesgos, a todas luces es ilegal.

⁷⁹ URUETA ROJAS Juan Manuel, El Contrato de Concesión de Obras Públicas Project Finance y Partenariado Público - Privado. Segunda Edición. Grupo editorial Ibañez. Bogotá D.C. 2010. Pág. 224. "El hecho que al momento de realizar una licitación para la concesión de una obra pública, el Estado no sea capaz de brindar datos geológicos suficientes para determinar el valor real del proyecto, debería condicionar el equilibrio económico del contrato, no por la presencia del riesgo sino simplemente por la ausencia de información trascendental para determinar el valor real de la obra".

Cuando una entidad pública, decide no entregar la información, con base en la cual se determinó el traslado del riesgo geológico, hace inocua dicha disposición contractual, por las siguientes razones:

1. Omite su deber de entregar la información al proponente y afecta su oferta,
2. Transforma en una circunstancia desconocida para el proponente al momento de licitar, documentación que debió entregar para su estudio,
3. Actúa de mala fe, pues la información que soporta el riesgo fue solicitada por el proponente, y negada por la administración,
4. Suministró al proponente información incompleta y poco confiable para estructurar su propuesta.

Respecto de éste punto, hay dos posiciones en la doctrina:

La primera, que argumenta que su traslado es ilegal, porque en la concesión no existe propiedad por parte del Concesionario sobre el inmueble donde se adelantará la obra, y siendo ese riesgo inherente al predio cuyo propietario es el Estado, siguiendo el principio "res perit domino"⁸⁰, quien debe soportar el riesgo es propietario de la obra y no el Concesionario, puesto que su traslado

⁸⁰ Laudo de fecha 2 de septiembre de 1992, Impregilo S.P.A. y Estruco S.A. contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Árbitros: Susana Montes de Echeverri, Alberto Preciado Peña y Jorge Rueda Saenz. "El principio **res perit domino** (las cosas perecen para su dueño) ha sido reconocido desde tiempo atrás en nuestro derecho. Por ello, los riesgos ~~imprevisibles~~, ~~anormales~~ o no ~~conocidos~~, que generan mayores costos de ejecución de las obras, no pueden correr por cuenta del contratista; deben serlo por el dueño de la obra." En: "UNA APROXIMACIÓN A LA VISIÓN DE LA CORRECCIÓN DEL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL" Fernando Silva García. REVISTA e - Mercatoria Volumen 6, Número 2 (2007)

Transgrediría el principio de igualdad de cargas públicas consagrado en el artículo 95 Constitucional⁸¹.

No comparto la posición de la imposibilidad de su traslado, pero considero que solo se puede trasladar este riesgo de manera parcial, sobre los puntos o fallas que sean previamente identificadas en los estudios previos por parte de la entidad contratante, incluyendo sobre dichos puntos inestables los estudios, labores y actividades que se requiere para su estabilización o mitigación.

Una segunda posición, que admite su traslado al concesionario, siempre y cuando se cuente con la información suficiente⁸², posición que tendría que compaginarse con lo previsto en el Decreto 2474 de 2008, para las licitaciones objeto de éste estudio y bajo los parámetros del Decreto 734 de 2012 y el Decreto 1510 de 2013, para las concesiones posteriores a esas normas, pues bajo cualquiera de los 2 parámetros se exige, que la entidad hubiese entregado información suficiente del costo de estabilizar o neutralizar la falla, es decir se ha debido entregar a los proponentes un estudio geológico de la falla y un estudio del costo de su neutralización o del costo de las actividades de mitigación que conllevara la determinación de convivir con la falla.

⁸¹ MONTES DE ECHERRY, Susana CONCESIA, 10 de agosto de 2001, "teniendo en cuenta que en los contratos de concesión vial no hay traslado de la propiedad los riesgos inherentes a esa propiedad no se le pueden trasladar al concesionario(...) Este traslado de riesgos está gobernado en materia de obra pública por dos principios constitucionales y es que el principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a los costos del estado quieren por relativo que es el de distribución de las cargas públicas; no se puede pretender trasladar no se puede pretender trasladar a una persona o a un grupo determinado de personas los riesgos y costos de generación de infraestructura que corresponde asumir a toda la comunidad en proporciones iguales."En: Urueta Rojas, Juan Manuel El Contrato de Concesión de Obras Públicas Project Finance y Partenariado Público - Privado. Segunda Edición. Grupo editorial Ibañez. Bogotá D.C. 2010. Pág. 221 y 222.

⁸² Ibídem 79. Pág. 224-225.

En todo caso, bajo éste último supuesto, el traslado del riesgo geológico, bajo ningún elemento podría ser ilimitado, y en consecuencia su asunción por parte del proponente estaría limitada o atada a la información suministrada por la entidad, pues de lo contrario se trasgrediría la esencia misma del concepto de riesgo previsible.

Finalmente, me aparto también de la posibilidad de un traslado total del riesgo, pues ello implicaría que puntos inestables no identificados al momento de licitar⁸³-Es decir no identificados en los estudios previos por la entidad contratante y no informados al proponente-, deban ser reparados o asumidos por el Concesionario en ejecución de la obra⁸⁴, en su estabilización definitiva o en su mitigación, cuando al momento de licitar dicha información no existía o no fue entregada o incluida dentro del alcance del objeto a contratar.

Al respecto, es necesario señalar que en caso de trasladarse definitiva y totalmente este riesgo al concesionario, sin precisar su limitación, alcance y costo, implica dar una solución definitiva del problema, la cual en materia de costos puede ser de tal magnitud que conlleve un valor igual o superior al contrato, lo cual, conllevaría que el concesionario se encuentre adquiriendo obligaciones de extensión ilimitada, las cuales son sancionadas con la ineficacia por la Ley 80.

⁸³ Esta misma posición fue reconocida por la Doctora Susana Montes en el Laudo Arbitral de Concay S.A. Vs. Departamento de Cundinamarca.

⁸⁴ Respecto de éste punto basta ver algunas de nuestras vías concesionadas, en donde la obligación del concesionario se limita a mitigar, disminuir, controlar y convivir con la falla o inestabilidad, mediante el uso de materiales flexibles que se muevan al ritmo que se mueve el terreno, al respecto hay soluciones en adoquines, arborización, muros de contención, caissons, etc.

- Riesgo de Operación: En cabeza del concesionario. Excepcionalmente puede trasladarse de manera parcial, cuando la información existente no sea suficiente, sin embargo, establece que la gestión del control de costos operativos, mantenimiento, reposición de equipos y las cantidades de obra asociadas al mantenimiento, están exclusivamente a cargo del concesionario y por ende este las debe prever en su estructura de costos al momento de licitar.
- Riesgo Comercial: En cabeza del concesionario, sin excepciones.
- Riesgo de Financiación: En cabeza del concesionario. Permite a las entidades otorgar un soporte de ingresos, sin embargo no lo contempla como una garantía comercial, al contabilizar esos recursos como remuneración del inversionista.
- Riesgo de Liquidez Cambiaria: En cabeza del concesionario.
- Riesgos Regulatorios: En cabeza del concesionario, incluido en él, el riesgo tributario, salvo el caso de tarifas y los mecanismos de ajuste pactados en el contrato.

Al respecto, es necesario precisar como señalará más adelante, que el traslado de éste riesgo no solamente es de plano ilegal en los tributos calificados como especiales, si no que la Corte Constitucional, ha establecido la imposibilidad de su traslado vía contractual, por que dicho riesgo, como ha sido reconocido de manera reiterada por el Consejo de Estado, constituye una de las causales propias de la institución del Equilibrio Económico del contrato, al ser el típico Hecho del Príncipe o "Fait du Prince".⁸⁵

⁸⁵ MIER BARROS, Patricia. La regulación de los contratos de concesión de obras de infraestructura. Misión de contratación hacia una política para la

- Riesgo de Compra de Predios. Mantiene la misma distribución planteada del CONPES 3107.

- Riesgo de Obligaciones Ambientales: Mantiene la misma distribución del CONPES 3107.

Adiciona los siguientes condicionantes: El concesionario asume el costo del "incumplimiento o la mala gestión (...) durante la ejecución, la operación y el mantenimiento de la obra."

Frente a las obligaciones ambientales, es necesario señalar, que tal como está concebido la estructura de éste riesgo, no se atiene a la concepción de riesgo previsible.

El incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del concesionario, no puede ser catalogado bajo ningún concepto como riesgo, al respecto es necesario señalar que no solo el contrato si no la misma Ley 99 de 1993 -Que regula el tema ambiental-, establecen las consecuencias jurídicas, legales y contractuales, en caso de incumplimiento de esa obligación o la causa de un daño al medio ambiente; por lo anterior, no comparto ni la apreciación de los documentos CONPES, ni de algunos tratadistas que siguen esta clasificación⁸⁶.

eficiencia y transparencia en la contratación pública Tomo I Departamento Nacional de Planeación. (1ª Ed.) (2002) Bogotá: DNP. 391-416. "1. El riesgo regulatorio (en él comprendido el riesgo tributario). No es posible su traslado indiscriminado al concesionario en relación con los gravámenes doctrinariamente calificados como "especiales". Dicho traslado es procedente frente a las denominadas "cargas tributarias de carácter general". Es la teoría del "hecho del príncipe", cuyo análisis escapa al objeto de este estudio¹⁰. (...) la Corte Constitucional que en sentencia C-333/96 del 1 de agosto de 1996 definió el punto acogiendo la reiterada doctrina del Consejo de Estado en cuanto hace a la imposibilidad jurídica predicable de la entidad estatal contratante de trasladar dicho riesgo mediante el instituto contractual. Y sabido es que de conformidad con el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, "Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares".

⁸⁶ URUETA ROJAS, Juan Manuel. El Contrato de Concesión de Obras Públicas Project Finance y Partenariado Público - Privado. Segunda Edición. Grupo editorial Ibañez. Bogotá D.C. 2010. Pág. 225 "El riesgo ambiental merece especial mención

El traslado al Concesionario del riesgo ambiental, tal y como está concebido, constituye el traslado de la expectativa de cumplimiento de una obligación contractual o legal, cumplimiento que entre otras debe ser verificado por la parte de la Entidad contratante, y en consecuencia, implicaría en materia ambiental, el traslado de competencias propias contractuales de la Administración como la supervisión y control previstas en el artículo 32 No. 4 de la Ley 80, en lo que tiene que ver con el cumplimiento de las licencias, normas y permisos ambientales; supervisión y control que debe ejercer la Entidad, y cuya omisión hace responsable al funcionario; por lo anterior, el traslado de éste riesgo es por demás incongruente.

- Riesgo de Fuerza Mayor. Mantiene la misma distribución planteada en el documento CONPES 3107.

- Riesgo Político. Mantiene la misma distribución planteada en el documento CONPES 3107.

Se considera, que el traslado de éste riesgo es ilegal, el concesionario no es quien mejor lo puede controlar, no hace parte del Estado, ni tiene injerencia en sus decisiones, este riesgo no es susceptible de lucro y en consecuencia de acuerdo a él artículo 16 del Decreto 421 de 2001, tampoco sería viable su intrasladable.

3.3 Documento CONPES 3714. Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública de fecha 01 de diciembre de 2011. El citado documento CONPES, se centra en establecer una serie de lineamientos y directrices sobre el manejo "DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE

por que las obras de infraestructura vial tienen repercusión directa e importante en el medio ambiente".

CONTRATACIÓN PÚBLICA", busca generar seguridad jurídica y establecer reglas claras frente al manejo, identificación, estimación y asignación del riesgo previsible.

Establece, algunas consideraciones conceptuales, que para efectos de nuestro estudio servirán como fundamento, de algunas consideraciones que ratificaremos a continuación:

➤La inclusión del tema de riesgos previsibles, en materia de contratación pública, surge como una obligación que se le impone a las entidades en el proceso precontractual, en desarrollo y aplicación del principio de planeación⁸⁷. El objeto de incluir ésta nueva etapa y éste nuevo concepto, es evitar futuras controversias entre las partes del contrato estatal, dando mayor certeza y seguridad jurídica al mismo, determinando claramente entre las partes, quien asumirá las consecuencias negativas de una u otra circunstancia amparadas bajo el concepto de riesgo previsible.

➤Los estudios previos deben incluir el soporte⁸⁸ de la estimación, tipificación y asignación, de los riesgos previsibles. Dichos documentos le permitirán a los proponentes, elaborar una propuesta económica adecuada y discutir con la administración la asignación de riesgos que propone la entidad, pues la presentación de la propuesta, implica aceptación de la matriz de riesgo.

⁸⁷ IBIDEM CITA No. 64. Página 7. "Como medida para el fortalecimiento de los procesos de planeación precontractual; dar claridad en las reglas de participación de los oferentes en los procesos contractuales; contribuir a la reducción de controversias judiciales y extrajudiciales en contra del Estado; y lograr que las partes del Contrato Estatal puedan hacer las provisiones necesarias para la mitigación de los riesgos efectivamente asumidos (...)"

⁸⁸ IBIDEM Cita No. 64. Página 8 "En desarrollo de lo anterior, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, establece que el soporte de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles hace parte de los estudios y documentos previos que a su vez, en virtud de los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, son los documentos definitivos que sirven de fundamento para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones y que deberán ponerse a disposición de los interesados junto con éste".

- La ecuación económica del contrato, incluye la distribución de riesgos planteada por la entidad y aceptada por el concesionario.
- Es aplicable a todos los contratos sujetos al Estatuto General de Contratación Pública
- Las entidades públicas, han presentado inconvenientes al entender el riesgo previsible⁸⁹ de una manera inadecuada, confundiéndolo con el riesgo imprevisible, o incumplimientos contractuales o con circunstancia que impacten el patrimonio de la entidad pública.
- Los principales problemas de los conceptos de identificación, estimación y tipificación del riesgo previsible, son los siguientes:
 - a. Problemas en identificación del riesgo previsible: Las entidades no identifican adecuadamente que es un riesgo previsible, confundiéndolo con incumplimientos, incompatibilidades, responsabilidad contractual y extracontractual. Incluyen riesgos de manera indiscriminada y que no tienen relación con el objeto contractual.
 - b. Problemas en la Estimación del riesgo previsible.

⁸⁹ IBIDEM Cita No. 64. Página 10. "algunas entidades públicas han presentado dificultades en la estructuración de las bases de sus procesos de selección, definiendo el riesgo previsible como aquella situación que pudiese tener un impacto en el patrimonio de la entidad pública, involucrando en este ejercicio, por ejemplo, riesgos imprevisibles o confundiéndolo con los incumplimientos enmarcados en la responsabilidad contractual."

Las entidades solamente tipifican y asignan, no estiman el riesgo. Cuando lo estiman no entregan los soportes de esa estimación, no indican si el valor es sobre el monto del contrato o si hay una valoración de riesgos específica.

c. Errores en la asignación del riesgo previsible. No establecen el límite en el porcentaje de asignación del riesgo, su traslado no se encuentra interrelacionado con el nivel de información que ha entregado al proponente. Desconocen si el proponente es quien está en mejor capacidad de mitigar y soportar el riesgo.

d. Define el concepto de riesgo como "Una medida de la variabilidad de los posibles resultados que se pueden esperar de un evento", definición a partir de la cual plantea el concepto de riesgo contractual como "todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo y ha tenido una regulación desde cinco ópticas, asociadas con el proceso de gestión que se requiere en cada caso" las cinco ópticas a las que se refiere son los siguientes tipos de riesgos contractuales:

1. El riesgo imprevisible; el cual define amparado en la teoría de la imprevisión, utilizando una forma casuística al señalar los momentos en los que opera, para los efectos acoge la definición planteada para la imprevisión por el Consejo de Estado, definiéndolo como "un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los

planeados, que se vuelve irresistible”⁹⁰

➤ Con base, en la anterior definición, plantea el concepto de riesgo previsible⁹¹, como “todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales.” Definición con base en la cual, bajo una metodología casuística, nos lleva a concluir que es riesgo, partiendo de ejemplos de que es lo que no considera riesgo previsible:

Cuadro No. 1. Que no es riesgo previsible.

NO SON RIESGOS PREVISIBLES LOS SIGUIENTES RIESGOS	Incumplimiento total o Parcial del Contrato
	Los hechos derivados de la Responsabilidad Extracontractual
	Los que son objeto de la Teoría de Imprevisión
	Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes
	Los que no son identificables o cuantificables al momento de la elaboración de los pliegos.

➤ Riesgos Cubiertos por Garantías. Los cubiertos por el régimen de garantías de los contratos.

⁹⁰ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 13 de agosto de 2009, expediente 1952.

⁹¹ De lo anterior, es evidente colegir como se señalará más adelante que no solo los procesos licitatorios si no algunos CONPES anteriores, plantean errores en la distribución e identificación de riesgos previsibles.

➤ Riesgos Generados por malas prácticas contractuales. Son generados por las malas prácticas. Los define como “sucesos que pueden ocasionarse por acciones negativas en la contratación o por riesgos operacionales que se manifiestan durante el proceso precontractual y que afectan la ejecución del contrato. Por su proceso de gestión y su relevancia en la contratación colombiana, este tipo de riesgos se abordan en el Manual de las Buenas Prácticas de la Contratación Estatal.”

Con base en las anteriores consideraciones y retomando los preceptos normativos y de política de distribución del riesgo, establece que para poder adelantar una adecuada distribución del denominado riesgo previsible, se debe dar cumplimiento a las siguientes fases establecidas por la norma:

➤ Tipificación: Es el ejercicio de identificar el riesgo como previsible o no, amparado en la hipótesis normativa y en la definición de riesgo previsible, para lo cual plantea la siguiente clasificación que permitirá subcalificar el riesgo.

Cuadro No. 2. Tipificación de Riesgos*.

Riesgo	Definición	Asignación
Riesgo Económico	Derivados del comportamiento del mercado, fluctuaciones de precios, desabastecimiento de insumos y especulación frente a los valores de las materias primas.	Al contratista si tiene la capacidad de soportarlo, dependiendo del nivel de información entregada.
		No se

		transfiere, el cambio en las condiciones macroeconómicas imprevisibles.
Riesgo Social y Político	Cambios de Políticas gubernamentales, del sistema político, huelgas, paros, actos terroristas. Comentario. La misma definición no hace referencia a un riesgo previsible.	Se recomienda que lo asuma la entidad contratante
Riesgo Operacional	<p>Relacionados con la operación u operatividad del contrato:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que el monto de la inversión no sea el previsto para cumplir el objeto del contrato. 2. Extensión del plazo, cuando los contratos se realizan en tiempos distintos a los inicialmente programados por circunstancias no imputables a las partes. 3. Posibilidad de no obtención del objeto del contrato no imputable a las partes. 	<p>Generalmente se transfiere en su totalidad al Contratista, dependiendo del nivel de información.</p> <p>Si el proyecto presenta una mayor complejidad técnica, puede considerarse el otorgamiento de garantías parciales por parte del Estado.</p>
Riesgo Financiero	Hace referencia a los riesgos relacionados con: La Financiación, la liquidez y las condiciones financieras	Se transfiere en su totalidad al Contratista, dependiendo del nivel de información.
Riesgos Regulatorios	Son cambios en la normatividad que puedan afectar el equilibrio financiero del contrato	A la parte que éste en mejor posición y capacidad de

		asumirlo.
Riesgos de la Naturaleza	Relacionados con sismos, temblores, inundaciones, lluvias, sequías. Comentario. La misma definición no hace referencia a un riesgo previsible, por otra parte son hechos constitutivos de fuerza mayor no asegurable, por lo cual serían de plano intransladables.	Si hay formas de mitigación, al contratista.
Riesgos Ambientales	Derivados del incumplimiento de las licencias o PMA, pasivos ambientales o mayores costos derivados de las obligaciones ambientales.	Si hay licencia al cierre de la licitación el contratista asume el costo ejecución de las actividades allí previstas. Si se modifica la licencia, asume los costos derivados de la modificación. Si hay incumplimiento, mala gestión ambiental, lo asume el contratista. Si no hay licencia, los puede asumir la entidad o los puede estimar el contratista dependiendo de la información.

		Si no se requiere licencia, los costos de manejo ambiental, deberán ser asumidos por la entidad por las obligaciones adicionales, los del proyecto los asume el contratista.
Riesgo Tecnológico	Derivados de fallos en comunicaciones, suspensión de servicios públicos, obsolescencia tecnológica.	Al contratista, si hay información suficiente.

*.La información incluida en éste cuadro corresponde a la información y datos del Documento CONPES.

➤ Estimación: Hace referencia a la valoración y cuantificación de la posible afectación de la ecuación económica del contrato, sugiriendo que éste ejercicio debe ser adelantado por equipos interdisciplinarios de las entidades públicas; propone una metodología cualitativa y cuantitativa, en caso que la entidad no tenga la suya propia. Establece que el resultado de la estimación debe ser similar al que sucedería en caso de acaecer el riesgo, y su cuantificación es ineludible para que el mismo pueda ser ingresado a la ecuación económica del contrato.

➤ Asignación del Riesgo: El riesgo se asigna a la parte que está en mejor posición y capacidad de soportarlo, manejarlo, gestionarlo, controlarlo, mitigarlo y administrarlo.

Así mismo, establece una serie de pautas que deben tener en cuenta las entidades estatales al momento de asignar el riesgo, como son: La modalidad contractual y el objeto, el riesgo se puede transferir dependiendo de la cantidad y calidad de la información suministrada, se debe tener en cuenta la capacidad el contratista para administrar el riesgo, el riesgo no puede ser infinito, no puede transferirse sin tipificación, estimación o cuantificación.

III. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL Y ARBITRAL DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA - SECTOR VIAL-

1. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Para hablar de distribución de riesgos previsibles, dentro del contrato estatal, se hace necesario tocar el tema de la ecuación económica del contrato y el consecuente desequilibrio económico de éste; pese a que dichos conceptos no son el eje central de la presente tesis, es en virtud de sentencias y laudos proferidos dentro de procesos judiciales y arbitrales, que los jueces y árbitros, han tomado una u otra posición frente a los riesgos reclamados, entendiéndolos como previsibles e involucrados consecuentemente en la ecuación económica del contrato o imprevisibles y ajenos a dicha ecuación económica.

La Jurisprudencia Colombiana incluida dentro de ella los laudos arbitrales, ha reconocido millonarios desequilibrios económicos, y realizado importantes consideraciones sobre lo que en su concepto debe ser una adecuada distribución de riesgos en los contratos estatales.

Para los efectos, y con la perspectiva del contrato de concesión de obra pública, analizaremos los pronunciamientos más relevantes, para nuestra investigación.

Para la jurisprudencia, el contrato de concesión de obra pública, es un contrato mixto, pues en lo que se refiere al contrato de obra, posee los mismos elementos que éste, lo que lo difiere o diferencia según la posición jurisprudencial, es el componente de la financiación que se desprende de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, cuando

precisa que las actuaciones y la construcción se harán por "cuenta y riesgo" del concesionario.⁹²

Dentro de las principales variables que conllevan éste entendimiento del contrato de concesión, se encuentra la denominada TIR (Tasa Interna de Retorno) del proyecto, que constituye un elemento esencial que determina uno de los componentes básicos de la ecuación contractual y del modelo financiero del contrato, pues establece, el porcentaje de los rendimientos que generan a favor del concesionario, los recursos invertidos en la construcción y operación del proyecto, y el consecuente retorno o recuperación de los mismos.⁹³

La jurisprudencia ha sido unívoca al afirmar, que la ecuación económica del contrato, surge al momento de celebrarse éste o de presentarse la oferta⁹⁴; a la cual se integra la noción

⁹² COLOMBIA LAUDO ARBITRAL, Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías, Agosto 24 de 2001, Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil uno (2001). "De las definiciones legales antes mencionadas, es claro que la concesión de obra pública en un contrato de obra que se distingue del definido en la Ley por el factor de financiación de la misma por cuenta del concesionario, su repago por el usuario o beneficiario de la obra a largo plazo o por la entidad misma, y ese margen de riesgo empresarial asumido por el concesionario por la gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente, que no se advierte en el típico contrato de obra según las voces del numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993."

⁹³ Ibídem Anterior. "La utilidad o ventaja económica que se persigue con la celebración de este contrato por el particular concesionario no surge del "precio" pactado equivalente al valor de la obra ejecutada, como ocurre en el típico contrato de obra, sino en el rendimiento de los recursos invertidos para su construcción, o en palabras más técnicas en el retorno de la inversión realizada. Este retorno constituye, entonces, en tanto móvil que conduce a la celebración del convenio, la ecuación"

⁹⁴ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto 1674 de febrero 9 de 2006. Radicación número 1.674, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Aponte Santos, Referencia: contrato de concesión vial "el equilibrio depende de la distribución de los riesgos pactada en el contrato mediante el modelo económico o como se lo quiera llamar, de manera que, si por ejemplo, el contratista asumió el riesgo de los precios de las materias primas en forma ilimitada, el mayor o el menor valor de los mismos no puede dar lugar a reclamación por rompimiento del equilibrio económico del contrato para ninguna de las partes, pero si se limitó a un cierto porcentaje hacia arriba o hacia abajo del valor presupuestado en la oferta, y se pasa de ese valor, entonces habría lugar a la reclamación de la parte afectada en contra de la beneficiada."

de riesgos previsibles y su distribución, la ecuación se forma del conjunto de las obligaciones, actividades, responsabilidades, objeto y alcance del contrato, que hayan realizado las partes en los documentos contractuales y precontractuales.

Es decir, al momento de contratar y estar plenamente determinado el objeto y su alcance, incluidas en él, las actividades, procesos constructivos y demás obligaciones inherentes a la actividad de construcción de una obra pública mediante el sistema concesional, es que nace la Ecuación Económica del contrato, pues con base en esas obligaciones, es que el Concesionario se obliga a realizar unas determinadas actividades y actuaciones, asumiendo en consecuencia una serie de responsabilidades allí incorporadas, por un precio pactado, en el caso de la concesión, por una tasa de retorno o rendimiento que produce el capital invertido⁹⁵.

La distribución de los riesgos es inmodificable dentro del contrato, pues constituye un elemento primordial y determinante de su ecuación económica. En efecto, se ha señalado que: "En consecuencia, los riesgos válidamente asumidos, son junto con los demás derechos y obligaciones pactados en el contrato, factores constitutivos de la ecuación económica del mismo, de manera que esos riesgos no pueden ser ulteriormente modificados -ni para atenuarlos, suprimirlos, incrementarlos o trasladarlos a la otra parte - pues con ello se alteraría la ecuación, con el

⁹⁵ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil tres (2003), Radicación número: 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577), Actor: SOCIEDAD PAVIMENTOS COLOMBIA LTDA., Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. "Ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado."

consiguiente demérito para uno de los contratantes.”⁹⁶.

Respecto de ésta inmodificabilidad, se entiende el equilibrio económico, como el mantenimiento en el tiempo de unas condiciones y obligaciones correlativas entre las partes, que fueron determinadas por ellas al momento de contratar en desarrollo del principio de autonomía de voluntad, se hace especial énfasis en que solamente hacen parte de esa ecuación económica los riesgos válidamente asumidos, es decir si un riesgo es trasladado o asumido por una de las partes de manera ilegal, no hará parte de ésta ecuación⁹⁷.

El concepto de equilibrio económico del contrato, lleva implícita la figura de su “Restablecimiento”, cuando el mismo se rompe por determinadas circunstancias. Como consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia teniendo en cuenta que la Ley 80, es una ley de principios, se ha visto en la obligación de determinar algunos límites, circunstancias o propósitos para los cuales no aplica la figura del “Restablecimiento” del Equilibrio económico. Al respecto, se ha señalado que la figura del Restablecimiento no procede en los siguientes casos:

a) Cuando se pretenda corregir errores del contrato en las fases de estructuración o ejecución;

⁹⁶ COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. Tribunal de Arbitramento, Construcciones Carrillo Caycedo S.A. CONCAY S.A. v. El Departamento de Cundinamarca, Marzo 7 de 2008.

⁹⁷ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Bogotá, D.C, dieciocho (18) de septiembre de dos mil tres (2003). Radicación número: 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119). Actor. SOCIEDAD CASTRO TCHERASSI Y COMPAÑÍA LTDA. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS. “En el momento de concreción de la relación negocial, se fijan unas prestaciones a cargo de las partes que obedecen a una causa, la cual en el caso de los contratos sinalagmáticos conmutativos está dada por las respectivas contraprestaciones, es decir que una parte asume el cumplimiento de ciertas obligaciones, con miras a obtener que la otra, a su vez, cumpla con las que correlativamente asumió y que se consideran como equivalentes de acuerdo con los propios intereses de cada parte. Y es en esto precisamente, que consiste el llamado equilibrio del contrato, que no es otra cosa que el mantenimiento durante la ejecución del mismo, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se estableció entre las partes al momento de su celebración.”

b) Cuando se pretenda realizar redistribuciones de riesgos;⁹⁸

c) En los casos de ofertas artificiosamente bajas;

d) Cuando se asumen riesgos y no se solicita la contraprestación adecuada -Acá se precisa que esta

concepción no cubre la hipótesis del traslado de un riesgo, sin el cumplimiento de los requisitos legales, previstos para los efectos, es decir, un contratista asume un riesgo que ha sido legal y contractualmente trasladado por la entidad, pero al acaecer éste resulta que las previsiones hechas por aquel fueron insuficientes-⁹⁹.

Respecto de las causales de ruptura de ese equilibrio económico, tradicionalmente la jurisprudencia ha reconocido tres grandes causas:

⁹⁸ Tribunal Arbitral C.I. GRODCO S. en C.A. INGENIEROS CIVILES *contra* INSTITUTO DE VÍAS -INVÍAS- LAUDO ARBITRAL Bogotá D.C., mayo 25 de 2011, JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, SAUL SOTOMONTE SOTOMONTE y ALBERTO YEPES BARREIRO. "Si el contratista aceptó asumir un riesgo preciso y previsible en el contrato, su contrapartida se encuentra reflejada en el precio convenido y no puede pretender trasladarlo a la administración una vez aquél se concrete. La solución contraria resultaría completamente inapropiada. En efecto, si el riesgo no se concreta el contratista recibiría por éste la parte correspondiente del precio que lo reflejó, pero, si el riesgo se concreta sería la administración quien debería asumir los costos. En pocas palabras, no sólo no se estaría trasladando el riesgo, sino que, además, se estaría cobrando una parte del precio sin causa alguna (art. 1524 C.C.) y, por si fuera poco, se entraría a afectar directamente los principios de protección del patrimonio público y de la fuerza obligatoria del contrato (art. 1602 C.C.)".

⁹⁹ COLOMBIA LAUDO ARBITRAL Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- Vs. ICA de México, 29 de abril de 2002. "(...) el principio de la preservación de la ecuación financiera del contrato, no es un mecanismo para corregir errores cometidos en la fase de negociación del negocio jurídico, ni durante su ejecución. Tampoco ofrece una oportunidad para consolidar el exceso de optimismo o de osadía del contratista al diseñar su oferta, con el propósito de lograr a toda costa la adjudicación del negocio; ni para remediar a posteriori su arrojo o temeridad al asumir riesgos y prestaciones sin exigir una contraprestación adecuada; ni puede ser un instrumento para mejorar su rentabilidad, pues a lo máximo que podía aspirar sería a obtener las utilidades que normalmente se derivarían de los precios que cotizó, de las obligaciones que contrajo y de los riesgos que deliberadamente asumió".

➤ El Hecho del Príncipe, "se presenta el hecho del príncipe cuando el Estado expide una medida de carácter general y abstracto que era imprevisible al momento de la celebración del contrato y que incide en forma directa o indirecta en el mismo, alterando en forma extraordinaria o anormal la ecuación financiera surgida al momento de proponer el contratista su oferta o celebrar el contrato"¹⁰⁰. Su aplicación la ha limitado la jurisprudencia a los casos en los cuales ese hecho, proviene directamente de la entidad que ha celebrado el contrato, exigiendo además, que dicha acción produzca "un perjuicio real, cierto, directo y especial al contratista"¹⁰¹, que como se indicó atrás, le haya sido imposible prever antes de celebrar el contrato.

Al respecto se aclara, que dicho acto es diferente a los que pueda desarrollar en su condición de contratante o en aplicación o uso de las potestades unilaterales contractuales a las que legalmente tiene derecho. Conforme a la anterior posición, ningún acto de cualquier otro organismo del Estado diferente al contratante¹⁰², es considerado como hecho del príncipe; por ser esta causal de aplicación taxativa y restringida, al respecto ha

¹⁰⁰ Ibídem, Cita No. 97.

¹⁰¹ COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL, Tribunal de Arbitramento de cables de Energía y de Telecomunicaciones "Centelsa S.A." contra Empresa de Energía de Bogotá, Laudo de 30 de Septiembre de 1996, citado en Rodríguez R., Libardo (2009). El equilibrio económico en los contratos administrativos. (1a. Ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A. Página 64 y 65.

¹⁰² Tribunal de arbitramento. Fecha 30 de septiembre de 1996, Centelsa vs. EEB. Árbitros: Jorge Enrique Ibáñez Najjar, Julio César Uribe Acosta y Juan Pablo Cárdenas Mejía. "En consecuencia, una primera precisión indispensable al concepto de -hecho del príncipe- es la de que la circunstancia en que se hace consistir, para que pueda ser tenida como tal, ha de estar referida en todo caso a una decisión o conducta que pueda ser jurídicamente atribuible, vale decir, imputable a la misma autoridad pública que celebró el contrato." En: "UNA APROXIMACIÓN A LA VISIÓN DE LA CORRECCIÓN DEL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL" Fernando Silva García. REVIST@ e - Mercatoria Volumen 6, Número 2 (2007)

señalado el Consejo de Estado que son: "b) Actos generales de la administración como Estado, o "teoría del hecho del príncipe", como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante Leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato."¹⁰³.

No obstante lo anterior, es necesario señalar que no comparto el criterio actual del Consejo de Estado, y en éste sentido se considera que esa limitación conceptual a la teoría del "hecho del príncipe" desconoce los fundamentos propios de esa institución de Derecho Administrativo, y que la imputabilidad jurídica del hecho del príncipe como requisito y fundamento para imputar la responsabilidad en la también se basa dicha tesis, adolece del desconocimiento conceptual de la propia evolución del Estado, la cual conllevó a que dentro del mismo en éstos días se evidencien diferentes personas jurídicas, sin que por esa razón, desaparezca el Estado como institución. Razones por las cuales se considera de particular relevancia el salvamento de voto de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio, a la sentencia de 04 de febrero de 2010¹⁰⁴, referida al impuesto de guerra, para los efectos se indicarán los argumentos más relevantes:

¹⁰³ COLOMBIA RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), Actor: PAVICON LTDA., Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

¹⁰⁴ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D. C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010), Radicación número: 19001-23-31-000-1995-00009-01(15665), Actor: PAVIMENTOS Y CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA LTDA. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

o La teoría del hecho del príncipe, se refiere a los actos, hechos u operaciones atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas, es decir al Estado, no exige que éstos sean expedidos por la entidad contratante, pues bajo cualquier precepto ella hace parte del Estado y del poder público.

o La misma Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-333 de 1 de agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, consideró que el equilibrio del contrato puede verse afectado por medidas tributarias adoptadas por el Estado y que es un típico hecho del príncipe, así:

“el llamado “hecho del príncipe” constituía una base de responsabilidad del Estado que no implicaba una conducta antijurídica de la administración. Según esta concepción, proveniente del derecho francés, una medida global que el Estado efectúa por razones de interés general, como una reforma tributaria, puede romper el equilibrio financiero de un contrato administrativo. La medida estatal es legítima y el contrato también debe ser cumplido pues es importante para la comunidad. Sin embargo, no es equitativo que a raíz de la norma general dictada que rompe la ecuación financiera de su contrato, el contratista reciba un menoscabo patrimonial sin indemnización, por lo cual la administración debe reparar el daño o restablecer el equilibrio contractual. Ahora bien, frente al estatuto contractual es claro que si la entidad no restablece el equilibrio financiero del contrato su conducta es antijurídica pues el contratista tiene derecho a que tal equilibrio sea mantenido, por lo cual debe ser indemnizado, de conformidad con la norma impugnada”¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Ibídem anterior. Salvamento de Voto, Consejera Ruth Stella Correa Palacios.

o El contratista no está obligado a soportar cargas por encima de las legalmente permitidas, y en consecuencia, es obligación de la entidad pública responder por cualquier daño antijurídico que como Estado cause al contratista.

o La teoría del hecho del príncipe, se encuentra consagrada en el artículo 5 No. 1 de la Ley 80 de 1993.

o Los impuestos evidentemente, exceden el alea ordinaria de responsabilidad y riesgo del contratista.

o La tesis planteada por la sala, genera desigualdad entre los contratista del Estado, pues bajo ese precepto solamente los contratistas del Legislativo tendrían derecho a reclamar ésta indemnización como hecho del príncipe.

➤ La Imprevisión: Esta causal de ruptura del equilibrio económico, está compuesta por cualquier acto que implique un desequilibrio en la ecuación económica del contrato y exige 3 elementos¹⁰⁶, para su configuración y reconocimiento:

1. Que las circunstancias sean imprevisibles, es decir que no haya sido posible preverlas a las partes al momento de la celebración del contrato o presentación de la oferta¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Ibídem cita No. 95. Citada en Rodríguez R., Libardo (2009). El equilibrio económico en los contratos administrativos. (1a. Ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A. Página 64 y 65. "1. La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato. 2. Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato. 3. Que no fue razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato"

¹⁰⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado ponente: WILLIAM NAMÉN VARGAS. Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil doce (2012). Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01. "Extraordinarias, son aquellas cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, normal, natural, común, usual,

Que sean extraordinarias, lo cual implica que no sean normales, ordinarias, naturales o connaturales al contrato.

2. Que sean ajenas a las partes contratantes.¹⁰⁸ Es decir que no les sean imputables a ninguna de ellas, ni que sean consecuencia de sus actos.

3. Que sean posteriores a la celebración del contrato¹⁰⁹ es decir que sean sobrevinientes a su

lógico, habitual, corriente, frecuencia o periodicidad, atendido el marco fáctico del suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia. Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, "que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad... Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional" (cas. civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443), o según los criterios generalmente admitidos, poco probable, raro, remoto, repentino, inopinado, sorpresivo, súbito, incierto, anormal e infrecuente, sin admitirse directriz absoluta, por corresponder al prudente examen del juzgador en cada caso particular (cas. civ. sentencias de 5 de julio de 1935; 26 de mayo de 1936; 27 de noviembre de 1942; 20 de noviembre de 1989; 31 de mayo de 1995; 20 de junio de 2000, exp. 5475). Imprevisto, es el acontecimiento singular no previsto *ex ante*, previa, antelada o anticipadamente por el sujeto en su situación, profesión u oficio, conocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable. Lo extraordinario u ordinario, previsible e imprevisible, previsto e imprevisto, no obedece a un criterio absoluto, rígido e inflexible sino relativo, y está deferido a la ponderada apreciación del juzgador en cada caso según la situación específica, el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida."

¹⁰⁸ Idem 107. "La ajenidad de los hechos sobrevenidos al deudor es necesaria en la imprevisión, en tanto extraños a su órbita, esfera o círculo de riesgo, conducta, comportamiento, acción u omisión, hecho o acto, que no las haya causado, motivado, agravado, incurrido en dolo o culpa u omitido medidas idóneas para evitarlos o atenuar sus efectos, siéndole exigible y pudiendo hacerlo. Los eventos pueden originarse en la otra parte, nunca en la afectada, pues al serle imputable jamás podrá invocar su propio acto. Y lo que se dice de la parte comprende el hecho de las personas por quienes responde legal o contractualmente."

¹⁰⁹ Ibídem cita No. 97. "Ha dicho la Sala que la teoría de la imprevisión se presenta cuando "... situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución", situaciones que básicamente consisten en eventos económicos tales como "... crisis económica grave; devaluación extraordinaria; aumento fundamental y sorpresivo de los costos de la materia prima esencial para la ejecución del contrato; conmoción social, etc""

celebración. Dentro de ésta causal se incluyen los tributos de carácter especial, que afectan la ejecución del contrato y no son impuestos por parte de la Entidad contratante. También se incluyen según una parte de la doctrina, algunos hechos que si bien no eran sobrevivientes no eran conocidos por las partes al momento de contratar, obviamente bajo éste supuesto no se podrían incluir impuestos no tenidos en cuenta por las partes al momento de contratar.¹¹⁰

Lo anterior ha sido ratificado por la doctrina al señalar que las causales de procedencia de la teoría de la imprevisión son: "Las razones de su procedencia se pueden resumir en los siguientes términos: a. la existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato; b. que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato; y c. que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato."¹¹¹

En este sentido la jurisprudencia ha indicado: "Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada."¹¹².

¹¹⁰ Ibidem 107 "la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobreviniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción (p.ej., art. 6.2.2, "(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;" Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son "posteriores a la celebración de un contrato".

¹¹¹ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando. "El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico". Bogotá D.C. Abril de 2008. En: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/Deradm/article/view/2589/2228>

¹¹² Idem 107.

Con un poco más de detalle la justicia arbitral igualmente ha precisado lo propio al señalar: "1. Las características del contrato. Sólo son susceptibles de revisión judicial las convenciones cuya ejecución sea sucesiva, periódica o diferida y, adicionalmente, sean conmutativas. (...) 2. Los rasgos del hecho sobreviniente. Las circunstancias tomadas en consideración por la norma deben ser, en primer lugar, externas a las partes; en segundo lugar, posteriores a la celebración del contrato; y, en tercer lugar, imprevisibles. (...) 3. La incidencia en la convención. La norma exige que los hechos sobrevinientes hayan afectado la prestación de futuro cumplimiento de una de las partes, en grado tal que le resulte "excesivamente onerosa", y, más adelante, precisa que se deben haber alterado "las bases del contrato".¹¹³

➤ Actos de la entidad contratante, definiéndolos conceptualmente bajo el concepto de "Potestas Variandi", que consiste en las actuaciones desarrolladas directamente por la entidad contratante, mediante la emisión de actos administrativos contractuales, tales como las previstas en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993¹¹⁴ o en actos o actuaciones de la entidad, tales como incumplimientos¹¹⁵ en sus obligaciones de

¹¹³ Tribunal de Arbitraje. CONSORCIO WIESNER 2003 vs. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. Árbitros: CARLOS ARIEL SÁNCHEZ TORRES, MARÍA CAROLINA RODRIGUEZ RUÍZ, ALBERTO GÓMEZ MEJÍA. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil siete (2007).

¹¹⁴ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA, Sentencia del 15 de febrero de 1999, C.P.: Dr. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 11.194. "Dicho equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato por razones tales como actos o hechos de la administración contratante, en cuyo grupo debe ubicarse el uso de los poderes exorbitantes de la administración -modificación, interpretación, y terminación unilateral- y el incumplimiento de esta."

¹¹⁵ Ibídem cita No. 99. "Incumplimientos de la administración, tales como no pagar oportunamente el anticipo o las actas de entrega parcial de obra o el valor de la cuantía del contrato, o no entregar oportunamente los terrenos en los

pago, de entrega de planos, entrega de predios, etc.¹¹⁶

Conforme a lo anterior, se han identificado las circunstancias en las que procede la figura del restablecimiento equilibrio económico del contrato, las cuales básicamente son: El hecho del príncipe, la Imprevisión y el Potestas Variandi o el hecho directo del Contratante. No obstante lo anterior, si bien es necesario realizar, una breve mención y análisis del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, como figura del derecho público, el objeto de la presente tesis, se centra en el punto de los riesgos y su distribución.

2. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS SEGÚN LOS JUECES Y ARBITROS

Ahora bien, del estudio detallado de los fallos judiciales y arbitrales, podemos colegir cual ha sido la posición predominante de jueces y árbitros, en el entendimiento,

cuales debe ser construida la obra, o no suministrar oportunamente los planos y materiales con los cuales se debe ejecutar la obra, pueden alterar la ecuación financiera del contrato bajo la perspectiva de que usualmente dificultan el desarrollo de las prestaciones a la parte ofendida y generan mayores gastos y erogaciones para el contratista".

¹¹⁶ COLOMBIA RAMA JUDICIAL. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejera ponente: Olga Melida Valle De La Hoz, Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683), Actor: LUIS ANTONIO RODRIGUEZ MELO, Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA-ESP-
"El equilibrio económico se ve afectado por tres causas: 1) actos o hechos imputables a la administración contratante, referidos por ejemplo, al pago inoportuno de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, o a la falta de oportunidad en la aprobación de la documentación necesaria para el desarrollo del contrato, tal como diseños o planos de las obras a realizar; 2) actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión."

manejo y asignación del riesgo previsible en la ejecución de contratos estatales, especialmente en el sector de concesional vial.

Al respecto es necesario precisar, que partiendo de la definición normativa prevista en No. 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia al analizar la expresión "por cuenta y riesgo", ha dejado por sentado, que hay unos riesgos que deben estar típicamente en cabeza del concesionario, tales como:

a. El Valor de la Obra y los Riesgos Constructivos¹¹⁷. Son propios del concesionario, al estar incluido su Costo en el modelo financiero.¹¹⁸ Se limita la distribución de éste riesgo en el sentido que solamente se le puede trasladar al concesionario el alea ordinaria o normal¹¹⁹ del riesgo, no el alea

¹¹⁷ COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL. Tribunal de Arbitramento Concesionaria Vial de Los Andes S.A. - Coviandes Vs. Instituto Nacional de Vías, en el laudo proferido el 29 de julio de 2004 "Estarán, entonces, a cargo del concesionario los mayores costos en que haya incurrido por cuenta de la construcción de las obras, salvo que esa mayor onerosidad provenga de un hecho o acto que implique alteración de la ecuación económica y financiera del contrato. Es decir que así como no es válido afirmar que aun conociendo las características del terreno, todo lo que rodea a la construcción será del contratista; tampoco lo es que el concesionario tiene derecho al reembolso de todo costo que exceda lo pactado como estimativo del valor de los diseños y de la construcción de las obras que integran el proyecto. (...) Los mayores costos que la construcción depare y que obedezcan al desenvolvimiento natural y normal del contrato, lo que no implica haberse topado con circunstancias excepcionales que impriman costos mayores, son del resorte del concesionario. Habrá apoyo financiero o en tiempo de la entidad concedente o bajo cualquier otra modalidad compensatoria, si esos costos mayores provienen de un desequilibrio"

¹¹⁸ IBÍDEM cita No. 94. "(...) siendo el costo de la obra, en condiciones normales de ejecución, una variable que depende exclusivamente de la gestión o del manejo contractual de cada concesionario, los resultados favorables o desfavorables sólo le interesan a éste, en la medida en que actúa por su cuenta y riesgo. Por consiguiente, en las etapas de construcción y operación, (...) lo anterior debido a que "el valor de la obra y los riesgos constructivos que se asumieron por el concesionario hacen parte del modelo financiero con base en el cual se calculó la fórmula de recuperación de la inversión."

¹¹⁹ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO. Sentencia número 25000-23-26-000-1996-02098-01 (15475) de octubre 31 de 2007, "las variaciones que eventualmente podrían sucederse dentro de una operación normal, bien sean favorables o desfavorables a los intereses económicos del concesionario, corresponderían a su riesgo negocial, es decir, al álea normal de los negocios y, por lo tanto, en

extraordinaria, porque tal traslado sería de plano ilegal.¹²⁰

Frente a éste punto, el concesionario asume los riesgos de construcción solo cuando es el encargado de los diseños, circunstancia diferente a la que se presenta cuando los diseños y las cantidades de obra son proporcionadas por la entidad pública,¹²¹ por eso también, se ha entendido la ineficacia de algunas cláusulas de exención de responsabilidad frente a los diseños en cabeza de la entidad contratante y las cuales son de uso común por parte de las entidades públicas en todo tipo de contratos de obra.

Lo anterior, ha sido ratificado por el Consejo de Estado al indicar, que los mayores costos derivados de la construcción serán asumidos por el concesionario, cuando éste elaboró los diseños:

manera alguna podría trasladarse los déficit respectivos a la entidad pública contratante, ni tampoco podría exigírsele al concesionario la entrega del superávit a la entidad concedente cuando los resultados superaren las proyecciones iniciales, puesto que tales medidas no resultan congruentes en un negocio en el cual los riesgos que cada una de las partes asume deben quedar definidos desde antes de la celebración del contrato, para que, de esta manera, cada una de ellas tenga suficiente claridad sobre los mismos y adopte los mecanismos necesarios para cubrirlos." En Oswaldo Giraldo López, El Equilibrio, la Responsabilidad y el Riesgo en los Contratos Estatales, en Revista De Derecho Público No. 24, Universidad De Los Andes, Facultad De Derecho, Marzo de 2010.

¹²⁰ Ibídem anterior. "(...) Durante la ejecución del contrato so pretexto de ajustar el valor de la obra debido a fluctuaciones de precios de insumos y materiales, etc., que en condiciones normales de ejecución, corre por cuenta y riesgo del concesionario"

¹²¹ COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL, Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías, Agosto 24 de 2001, Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil uno (2001). "cuando el diseño es de su cargo y, por lo mismo, la determinación de las cantidades de obra requeridas para la construcción de la obra cometida, son de riesgo del concesionario las variaciones técnicas y de obra que se verifiquen en el curso de la ejecución y que eventualmente pudieran causar un mayor costo de construcción."

*"(...) en la concesión de obra y cuando el diseño corre por cuenta del concesionario, a la determinación de las cantidades de la misma requeridas para la ejecución del objeto contractual, por manera que constituirán un riesgo a cargo del concesionario las variaciones técnicas o cuantitativas que se verifiquen en el curso de la ejecución del negocio y que eventualmente pudieren causar un mayor costo de construcción"*¹²².

Para la jurisprudencia, éste riesgo corresponde a los riesgos de la órbita normal de ejecución del contrato, incluidos dentro del alea normal¹²³ del concesionario y por tanto, de acuerdo a la esencia misma del contrato de concesión corresponde a los riesgos que son naturalmente y esencialmente transferibles al concesionario, por ser inherentes a la actividad encomendada.¹²⁴

¹²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 1994-00071 del 18 de marzo de 2010, Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez. En laudo arbitral. Tribunal de arbitramento GASES DE OCCIDENTE S.A. ESP Vs. LA NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Bogotá, D.C., Febrero 10 de 2012. ARBITROS. ANTONIO PABON SANTANDER, MARIA TERESA PALACIO JARAMILLO Y SUSANA MONTES DE ECHEVERRI.

¹²³ COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. Tribunal de Arbitramento, Departamento de Cundinamarca v. Consorcio Concesionaria de Desarrollo Vial de la Sabana, Septiembre 21 de 2009. "Por principio, los riesgos constitutivos de la esencia o definición de la concesión, son los expresamente pactados, los inherentes a la empresa, negocio, actividad, gestión o explotación empresarial y comercial del concesionario, los corrientes, normales u ordinarios, los "razonables", proporcionados o equilibrados", los del alea normal, siendo contrario a su estructura genética y funcional, a su utilidad, a la buena fe, a la equidad y a las directrices, reglas y principios de la contratación, extenderlos a todos en forma abstracta, general e ilimitada y, por tanto, inadmisibles "que en una relación contractual de derecho público (y en cualquier relación, se anota), el contratista deba asumir afectaciones imprevisibles o extraordinarias, de suficiente entidad para afectar la estructura económica del contrato"

¹²⁴ COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL. World Parking S.A. versus Instituto de Desarrollo Urbano, IDU Agosto 25 de 2000. "el concesionario debe asumir alguna parte los riesgos implícitos en la concesión de obras públicas y no necesariamente la totalidad de ellos y que, en todo caso, dentro de los que debe asumir se hallan comprendidos los riesgos propios de la construcción de la obra."

b. El riesgo de Tráfico debe ser asumido por el Concesionario¹²⁵, debido a que el mismo tiene que ver con las resultas y la explotación propia del negocio. El riesgo de tráfico, tiene que ver con los vehículos que transitan por la vía, lo que correlativamente implica que si el número de vehículos que se espera transiten por la vía, no lo hacen, se genera un menor nivel de tráfico, lo cual consecuentemente genera menores ingresos, afectando la estructura financiera del negocio. La razón fundamental de la transferencia de éste riesgo, es que el mismo hace parte de los riesgos propios de la empresa¹²⁶.

Los riesgos propios de la estructura genética del negocio o los susceptibles de lucro, propios de la actividad del empresario, relacionados con la explotación económica, hacen parte de los denominados riesgos del alea normal del concesionario¹²⁷.

¹²⁵ COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL, Tribunal de Arbitramento Concesionaria Vial de Los Andes S.A. - Coviandes Vs. Instituto Nacional de Vías, en el laudo proferido el 29 de julio de 2004 "Además de los riesgos normales que tienen que ver con lo ordinario que se requiere para poner a funcionar y para manejar el proyecto, lo tipificante del riesgo que la Ley coloca en cabeza del concesionario, tiene que ver con las resultas y características de la explotación del negocio. Para el caso de las concesiones viales, ello se traduce, por regla general, en que los efectos por la mayor o menor cantidad de vehículos que transiten por la vía y de las tarifas que se reciban por concepto de peajes, deben ser asumidos por el concesionario."

¹²⁶ COLOMBIA, TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO, Departamento de Cundinamarca v. Consorcio Concesionaria de Desarrollo Vial de la Sabana, Septiembre 21 de 2009. "Por principio, los riesgos constitutivos de la esencia o definición de la concesión, son los expresamente pactados, los inherentes a la empresa, negocio, actividad, gestión o explotación empresarial y comercial del concesionario, los corrientes, normales u ordinarios, los "razonables", proporcionados o equilibrados", los del alea normal, siendo contrario a su estructura genética y funcional, a su utilidad, a la buena fe, a la equidad y a las directrices, reglas y principios de la contratación, extenderlos a todos en forma abstracta, general e ilimitada y, por tanto, inadmisibles "que en una relación contractual de derecho público (y en cualquier relación, se anota), el contratista deba asumir afectaciones imprevisibles o extraordinarias, de suficiente entidad para afectar la estructura económica del contrato"

¹²⁷ TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO MUNICIPIO DE NEIVA CONTRA DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA "DISELECSA LTDA" E INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A." UNIÓN TEMPORAL "DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A."

Al respecto la jurisprudencia arbitral ha precisado lo siguiente:“(…)Por lo mismo, la concesión, en las mismas circunstancias, resultan inferiores a los estimados, y de ello se deriva que los resultados económicos de la concesión no son los que esperaba el concesionario, dicha consecuencia ha de ser asumida exclusivamente por él.(…)”

c. El Riesgo de Financiación, se ha entendido como propio del concesionario, así como las consecuencias favorables o desfavorables de ésta financiación,¹²⁸ teniendo en cuenta que al ser una de las principales obligaciones derivadas de la naturaleza del contrato de concesión, la obligación de realizar la consecución de recursos financieros para llevar a cabo el proyecto, éste riesgo es connatural al concesionario y por tanto, debe estar en su cabeza.¹²⁹

Aunado a lo anterior, siendo la financiación del proyecto, como se ha dicho a lo largo de éste escrito, uno de los elementos esenciales y característicos del tipo contractual, el riesgo derivado del mismo es connaturalmente asignable al concesionario.

LAUDO ARBITRAL Bogotá D.C., catorce (14) de Agosto de dos mil siete (2007). Árbitros. WILLIAM NAMÉN VARGAS, JOSÉ JOAQUÍN BERNAL ARDILA, LUIS FERNANDO VILLEGAS GUTIÉRREZ. “A este respecto, los riesgos constitutivos de la *esencia* o definición de la concesión, están referidos a la empresa, negocio, actividad, gestión o explotación empresarial y comercial del concesionario y a lo expresamente pactado.”

¹²⁸ IBÍDEM 125. “Así mismo, entran a ser de su resorte lo concerniente a la financiación del proyecto y a las condiciones del mismo, sean favorables o no para el concesionario.”

¹²⁹ IBÍDEM Cita No. 121. “Que los riesgos asumidos por el concesionario, atendiendo la naturaleza del contrato y su definición legal, hacen relación, de una parte y principalmente, a la consecución de los recursos financieros requeridos para la ejecución del objeto pactado, esto es, a la financiación del proyecto y a las condiciones –ventajosas o no– ”

d. Riesgo Regulatorio y Tributario. El riesgo regulatorio contrario a lo expuesto frente a los riesgos anteriores, no hace parte del alea normal del concesionario y por tanto las previsiones que pueda realizar el concesionario en su propuesta económica, no solamente son insipientes si no que son inútiles, pues no está dentro de su órbita de control, el poder de control del poder legislativo, incluido dentro de ese poder el de crear impuestos o modificar las tarifas de los existentes.

Respecto de éste tipo de riesgos la jurisprudencia arbitral ha señalado "Es bien sabido que no es posible para un proponente al estructurar sus precios en una licitación o invitación pública, prever cuándo el legislador va a introducir modificaciones (imprevisibilidad de las modificaciones futuras) en el sistema tributario del país ni en qué monto ello puede ocurrir, para efectuar un cálculo del monto de dichas modificaciones tributarias y así introducir en sus precios unitarios (o en el valor de la tarifa en casos como el aquí analizado) alguna base de protección. Siempre será un trabajo adivinatorio inútil e inconveniente para ambas partes, pues si no se produce la variación de las reglas tributarias, el Estado deberá pagar un precio más alto del real o estará autorizando una tarifa innecesariamente más alta, y si, por el contrario, ello ocurre, muy seguramente no coincidirá el monto calculado con el establecido en la nueva ley. Las consideraciones que pueda tener el legislador son tantas y de tan variadas posibilidades, que resulta absurdo y desde todo punto de vista inconveniente que los proponentes pretendan protegerse en los precios de una licitación con un factor de corrección que compense adecuadamente los eventuales mayores costos por eventos tan disímiles e imprevisibles. Hasta el presente, no se ha podido diseñar, ni se vislumbra

que ello pueda hacerse, un mecanismo o fórmula de protección de eventualidades como la comentada.”¹³⁰

Para la jurisprudencia, la creación de nuevos tributos o la modificación de las tarifas de los existentes es un riesgo que no puede ser trasladado porque: a) No pertenece al alea normal del concesionario; b) Es un típico caso del hecho del príncipe y por tanto, no puede trasladarse el riesgo; y c) El concesionario no es quien mejor puede controlar el riesgo tributario, pues no está en su órbita de control.¹³¹ Valga decir que en aplicación de la tesis restrictiva del “Hecho del Príncipe” estos planteamientos no estarían vigentes.

e) Riesgo Ambiental. Pese a que no me encuentro de acuerdo con que el riesgo ambiental se considere como un riesgo previsible, no es menos cierto, que no es posible desconocer, que como riesgo lo han reconocido en instancias judiciales y que como tal en uno u otro caso lo han asignado. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado: “(...) Si el objeto de la contratación no incluye el diseño de la obra, la entidad contratante, con anterioridad a la apertura de la licitación o a la suscripción del contrato -si hay contratación directa-, debe entregar los estudios y diseños definitivos al contratista en Fase III, es decir, el diseño ya ejecutable para que con base en

¹³⁰ LAUDO ARBITRAL. TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO GASES DE OCCIDENTE S.A. ESP Vs. LA NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Bogotá, D.C., Febrero 10 de 2012. ARBITROS. ANTONIO PABON SANTANDER, MARIA TERESA PALACIO JARAMILLO Y SUSANA MONTES DE ECHEVERRI.

¹³¹ COLOMBIA RAMA JUDICIAL CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de fecha 07 de marzo de 2002. Consejero Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 21588. “Así las cosas, el contratista debe probar la existencia objetiva del “Hecho del Príncipe”, esto es, la fijación de nuevos tributos o el incremento de los ya existentes, las condiciones iniciales del contrato que considera se han alterado por causa de éste, dada la imprevisibilidad de dichas medidas, y que, por ende, para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales en esas “nuevas condiciones” ha debido asumir cargas anormales, extraordinarias, causantes de un detrimento patrimonial que no está obligado a soportar”

él los licitantes preparen su propuesta y el contratista adjudicatario del contrato construya la obra. En este evento, dentro de la licitación debe entregarse a los proponentes la licencia ambiental con el fin de que incluyan en su propuesta los costos de las obras de mitigación de impacto ambiental, determinadas por la autoridad ambiental, a menos que asuma el riesgo ambiental y así lo especifique en el pliego de condiciones.

Si por el contrario, el objeto de la contratación incluye el diseño de la obra, la entidad debe elaborar con antelación a la apertura de la licitación o de la firma del contrato los estudios correspondientes, incluido el diagnóstico ambiental de alternativas, si la contratación se adelanta mediante el sistema de concesión, para que el contratista en la etapa de preconstrucción realice el diseño definitivo con base en los estudios entregados por la entidad. Una vez se tengan el diseño definitivo y el estudio de impacto ambiental se procede a solicitar la respectiva licencia ambiental.”¹³² En líneas generales el denominado riesgo ambiental siempre se sitúa en cabeza del concesionario, no obstante, como se ve en la posición jurisprudencial anterior, su traslado no es tan pacífico, queda la inquietud si mantendría la misma posición en temas de pasivos ambientales o daños ambientales serios e irreversibles.

f) El Riesgo geológico. La jurisprudencia, ha apoyado la posibilidad de su traslado dependiendo del nivel de información que se entregue al concesionario, indicando que si el riesgo no está expreso su traslado o la puesta en conocimiento del proponente de ésta circunstancia en particular, la cual se exige

¹³² COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: Augusto Trejos Jaramillo, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dos (2002)., Radicación número: 1429, Actor: Ministro De Transporte, Referencia: Licencia ambiental. Requisito previo para la apertura de procesos licitatorios tendientes a la suscripción de contratos de concesión.

que esté debidamente soportada, pues el riesgo no podrá ser trasladado. Obsérvese, que la jurisprudencia no ha rechazado la posibilidad de trasladar el riesgo geológico, si no que condiciona traslado, a la cantidad y calidad de la información que se le haya suministrado al concesionario en el proceso de selección: "no se le pueden trasladar riesgos al concesionario, que no están explícitos en el pliego y en el contrato, algunos de los cuales, con frecuencia, como en el caso presente, ni siquiera la entidad concedente conocía a pesar de haber terminado unos trabajos de rehabilitación en la vía, puesto que no los advirtió cuando señaló los puntos inestables en el sector de la vía y que solo empezaron a advertirse en el proceso de entrega de la misma del DEPARTAMENTO al concesionario y, con posterioridad, dada la geología de la zona."¹³³

g) Riesgos de la etapa de operación del proyecto. La jurisprudencia ha considerado la imposibilidad de trasladar la totalidad de los riesgos de la operación de un proyecto, máxime cuando el concesionario, en la operación debe sujetarse entre otras a los diseños de la contratante, su manual de operación y a la supervisión de la Interventoría, circunstancias que obviamente escapan de órbita de control y se encuentran bajo la directriz y control de la entidad pública.¹³⁴

¹³³ COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. Tribunal de Arbitramento, Construcciones Carrillo Caycedo S.A. CONCAY S.A. v. El Departamento de Cundinamarca, Marzo 7 de 2008.

¹³⁴ COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL, Promotora de Construcciones e Inversiones Santana S.A. Prosantana S.A. y Distrito Capital de Santafé de Bogotá y Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza S.A., Diciembre 18 de 2000. "En efecto, la propia disposición advierte, que la labor que desarrolla el concesionario debe ser ejecutada bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, punto del cual se deduce con claridad que este no goza de total autonomía para ejecutar, a su gusto, las obligaciones derivadas del contrato. El concesionario debe ejercer dichas obligaciones siguiendo las directrices de la entidad contratante y en el caso presente debía hacerlo además, ciñéndose a los diseños y al manual de operación establecidos por la entidad contratante y bajo la vigilancia de una interventoría cuyo papel consistía precisamente en garantizar el cumplimiento de esta obligación. De lo anterior resulta con claridad que, en dichas circunstancias, sería contrario a la lógica imponerle al concesionario, sin

2.1. Límites a la distribución de Riesgos. Como se observa del acápite anterior, la jurisprudencia de las altas Cortes y Arbitral, se ha pronunciado puntualmente sobre algunos riesgos ya citados, sin embargo, son pocos los laudos y sentencias en los cuales se dan instrucciones o pautas para determinados riesgos de manera puntual; lo contrario sucede con los lineamientos generales que han venido depurando los jueces y árbitros, con base en los cuales se ha complementado por vía judicial el desarrollo que en teoría de asignación y distribución de riesgos ha creado el legislador.

La distribución de riesgos en materia de contratos estatales, de acuerdo a múltiples fallos, se encuentra limitada estructural y legalmente por cuatro circunstancias:

- a) Principios legales de la Contratación Estatal,
- b) Criterio de Razonabilidad,
- c) Criterio de proporcionalidad y
- d) Criterio de Equivalencia,

Estos supuestos, han sido identificados por la jurisprudencia, con base en la normatividad vigente, los decretos reglamentarios y los documentos CONPES ya citados, partiendo de la máxima en ellos contenida que indica, que los riesgos deben ser asumidos por quien este en mejores condiciones de soportarlos, mitigarlos, administrarlos y disminuir los efectos nocivos que su acaecimiento puede generar en la economía del contrato¹³⁵, lo cual ha sido

distinción de ningún tipo, la asunción de todos los riesgos derivados de la operación."

¹³⁵ IBÍDEM Cita No. 121. "Es claro para el tribunal que la distribución de los riesgos entre las partes del contrato estatal, como en cualquier contrato conmutativo, debe atender, primordialmente, a los principios legales que informan

ratificado por la jurisprudencia, así: "De esta manera, el riesgo debe asignarse y asumirse por quien lo conoce, sabe manejarlo, puede evitar o solucionar sus efectos, y cuenta con la capacidad jurídica y económica para controlarlo."¹³⁶

Conforme lo anterior, partiendo de los parámetros ya identificados, resulta obligatorio plantearnos la siguiente pregunta: ¿Cuales riesgos no es posible trasladar?. Pregunta, frente a la cual la jurisprudencia ha esgrimido varias respuestas, valga la pena decir, que pese a lo que se desearía, las mismas no se habían presentado de manera puntual o regulando asuntos específicos, si no mediante ejemplos o parámetros generales, con base en los cuales se han dado herramientas y lineamientos para identificar cuales riesgos son esencialmente trasladables y cuáles no lo son.

Con base en las anteriores consideraciones, tomando como punto de partida diferentes fallos (Arbitrales y Judiciales), es posible inferir cuales son los riesgos, sobre los cuales la jurisprudencia ha considerado, que su traslado posible al concesionario no es posible. En consecuencia no es posible trasladar al concesionario los siguientes riesgos:

- a) Los riesgos que superen el alea normal u ordinaria del contrato, no son trasladables¹³⁷.

la contratación pública y, de manera igualmente importante, a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equivalencia, conforme a la capacidad jurídica y material de las partes para su manejo. Los riesgos debe asumirlos quien mejor preparado esté para resistir su materialización en hechos concretos con capacidad perturbatoria de la normal ejecución del contrato, de manera tal que pueda reaccionar adecuadamente y prevenir o remediar sus efectos nocivos sobre la ecuación económica contractual."

¹³⁶ IBÍDEM Cita No. 121.

¹³⁷ LAUDO ARBITRAL. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO GASES DE OCCIDENTE S.A. ESP Vs. LA NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Bogotá, D.C., Febrero 10 de 2012. ARBITROS. ANTONIO PABON SANTANDER, MARIA TERESA PALACIO JARAMILLO Y SUSANA MONTES DE ECHEVERRI. "Es el alea extraordinaria que ningún contratista del Estado está llamado a asumir en su función de colaborador del Estado en la consecución de sus fines, so pena de que se quiebre el principio constitucional fundamental de la igualdad de los administrados ante las cargas públicas."

No es posible trasladar riesgos extraordinarios¹³⁸.

Es necesario señalar, que existe una corriente arbitral y doctrinal, con base en la cual el carácter de trasladable o intrasladable de un riesgo, se da no por la naturaleza del riesgo, si no con base en la disponibilidad de información, suministrada por la entidad, y la debida valoración y compensación del riesgo que asume el contratista¹³⁹.

La deficiencia de ésta tesis como se expondrá más adelante, consiste en que desconoce algunas limitaciones legales que se dan en materia de contratación pública; las cuales si bien pueden llegar a hacer más oneroso el contrato limitando el traslado de riesgos, existen y deben ser respetadas por los operadores jurídicos pues es el marco jurídico que implemento y autorizó el legislador.

¹³⁸ COLOMBIA RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 9 de mayo de 1996 (Exp. 10151), "La Sala no pretende desconocer que todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgos contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podría admitirse que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados" (resalta la Sala).

¹³⁹ Tribunal de Arbitramento. Laudo Arbitral de fecha 30 de noviembre de 2000 - SOP - IDU Vs. Sociedad Ingenieros Civiles Asociados S.A de C.V., ICA. "...el Tribunal es de la opinión que, en principio, es ajustado a derecho y no viola los principios de la buena fe y la equidad contractual, un contrato en el cual la entidad contratante traslada al contratista ciertos y determinados riesgos, siempre y cuando, se repite, la entidad así lo informe al contratista, **y se le compensen a este los riesgos que se le pide que asuma.** En ese sentido, un contrato de esas características sería simplemente un convenio en el que el alea comercial normal sería mayor, y en el que, en consecuencia, las contraprestaciones tendrían también que ser mayores; y en tales condiciones, esos riesgos no corresponderían a un alea anormal, sino a un alea calculado, y debidamente compensada." Ratificado en TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO, CONSORCIO CICON - KMA CONTRA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E. S. P. LAUDO ARBITRAL. Bogotá D.C., enero treinta (30) de dos mil ocho (2008). JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ, SAUL FLOREZ ENCISO y GERMAN ALONSO GOMEZ BURGOS.

b) No se puede trasladar el Incumplimiento de la entidad contratante, porque el incumplimiento no es un riesgo trasladable o un riesgo esencialmente previsible, respecto del el estado prevé su traslado. Lo anterior, encuentra igualmente sustento en la clasificación de riesgos realizada por el CONPES 3714, según el cual clasifica el incumplimiento de las obligaciones del concesionario no como un riesgo previsible, si no como uno de los denominados riesgos "Riesgos Cubiertos por Garantías".

c) No se pueden trasladar los hechos generadores de desequilibrio económico reconocidos por la jurisprudencia, pues ello implicaría la renuncia a una institución de derecho público, esencialmente irrenunciable¹⁴⁰. Es necesario señalar, que existe una línea jurisprudencial, que afirma que si bien la renuncia general y anticipada de un derecho en abstracto, como el del restablecimiento económico del contrato, está prohibida por la legislación nacional, si es viable que frente a casos puntuales, se dé una renuncia puntual.¹⁴¹

¹⁴⁰ COLOMBIA RAMA JUDICIAL. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejera ponente: Olga Melida Valle De La Hoz, Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683), Actor: LUIS ANTONIO RODRIGUEZ MELO, Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA-ESP-"El equilibrio económico se ve afectado por tres causas: 1) actos o hechos imputables a la administración contratante, referidos por ejemplo, al pago inoportuno de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, o a la falta de oportunidad en la aprobación de la documentación necesaria para el desarrollo del contrato, tal como diseños o planos de las obras a realizar; 2) actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión."

¹⁴¹ Laudo arbitral dictado para resolver las diferencias entre el Consorcio Cosacol y ECOPEPETROL. Fecha 28 de mayo de 2000, Árbitros María Cristina Morales de Barrios, César Gómez Estrada y José Alejandro Bonivento. "Más aún: la preservación del equilibrio económico que se persigue sea reconocida judicialmente, se construye en razones de orden público y con fundamento en el carácter imperativo que tiene la Ley 80 de 1993. En verdad, se comprometen los intereses generales de la sociedad por encima de los particulares de los asociados. Asumir de antemano cualquier costo que resultare de la ejecución de un

d) Son también intrasladables¹⁴², los siguientes riesgos: 1. Los perjuicios económicos derivados de la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, 2. Los Derivados del Hecho del Príncipe¹⁴³, 3. Los derivados de la teoría de la imprevisión.

contrato es quitarle, en una eventualidad que no puede ser compartida por un ordenamiento que se edifica en la prevalencia de los intereses generales de la contratación estatal, estabilidad y equivalencia a los contratos que se celebren con entidades estatales. El carácter de orden público, propio del principio del restablecimiento del equilibrio económico, que proclama la Ley 80 de 1993, impulsa una conclusión: la renuncia anticipada que se haga a cualquier reconocimiento económico, carece de fuerza sustancial. La renuncia general y anticipada, por tanto, no puede servir de argumento o pretexto ala (sic) entidad estatal contratante para oponerse o impedir que haya un pronunciamiento sobre el rompimiento de la ecuación económica alegada por el consorcio convocante si llegaren a darse los supuestos de ley para un reconocimiento de aquel principio. Cuestión distinta sería que la renuncia se hiciera de manera concreta y ante una situación determinada en cuanto el contratista renuncie a las prestaciones que le correspondan por motivo del restablecimiento del equilibrio económico, que no es la que se invoca por las entidades convocadas." En el mismo sentido laudo proferido el 15 de marzo de 2002, dentro del proceso arbitral de Augusto Moreno Murcia y otros contra el Inviás. Árbitros Álvaro Escobar Henríquez, Juan Pablo Cárdenas y José Alejandro Bonivento Fernández. "En definitiva para el tribunal es claro que la renuncia a determinados derechos concretos por parte del contratista en un contrato adicional es válida cuando ella forma parte de un acuerdo para resolver las controversias surgidas respecto de ellos entre la entidad y el contratista. Por el contrario, cuando no existe al momento del acuerdo controversia real sobre el derecho de las partes, dicha renuncia es impuesta por la entidad estatal simplemente como una condición para firmar el acuerdo y por ello no es válida." En: "UNA APROXIMACIÓN A LA VISIÓN DE LA CORRECCIÓN DEL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL" Fernando Silva García. REVISTA e - Mercatoria Volumen 6, Número 2 (2007).

¹⁴² IBÍDEM cita No. 125. "Así las cosas, los gastos y costos en que incurra el concesionario, por encima de la estimación realizada al contratar, en cuanto, se reitera, no tengan por causa un fenómeno configurativo de ruptura contractual, deben ser asumidos por el concesionario. (...)" A contrario censo si tienen causa esos costos adicionales o sobre costos en una causal de desequilibrio no puede ser a costa del concesionario y debe el equilibrio económico ser restablecido por el contratante o concedente si es concesión.

¹⁴³ COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. v. Fondo Vial Nacional Mayo 6 de 1981. "Y los autores Jean-Marie Aubry y Robert Ducros Ader, al tratar de los derechos del concesionario, se expresan así: "En lo que concierne a la remuneración principal del concesionario (por lo menos en el tipo clásico de concesiones), es decir la entrega de los pagos hechos por los usuarios, el concesionario no tiene un derecho a su importe. Sin embargo, su derecho más amplio al equilibrio financiero, le permite obtener compensaciones financieras si la administración fija o mantiene las tarifas ("redevances") a una tasa que compromete ese equilibrio..." (Droit Administratif, Précis Dalloz, 1973; N° 319, pág. 432)."

4. Los derivados de actos, actuaciones, hechos e incumplimientos de la entidad pública contratante.

e) Es jurídicamente imposible trasladar todos los riesgos al concesionario¹⁴⁴. El tema del traslado de la totalidad de los riesgos al concesionario, ha sido tocado en varios aspectos por la jurisprudencia, indicando que los riesgos trasladables son únicamente los previsibles. Por lo anterior por sustracción de materia no es posible el traslado total de los mismos¹⁴⁵. Incluso incluidos dentro de los previsibles, hay unos riesgos que típicamente asume la entidad pública, los cuales asume por estar en mejor condición de mitigarlos o controlarlos.

f) Es imposible trasladar riesgos indeterminados, pues por disposición normativa los mismos deben estar plenamente determinados e identificados en los documentos contractuales.¹⁴⁶

¹⁴⁴ TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO MUNICIPIO DE NEIVA CONTRA DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA "DISELECSA LTDA" E INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A." UNIÓN TEMPORAL "DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A." LAUDO ARBITRAL Bogotá D.C., catorce (14) de Agosto de dos mil siete (2007). WILLIAM NAMÉN VARGAS, JOSÉ JOAQUÍN BERNAL ARDILA, LUIS FERNANDO VILLEGAS GUTIÉRREZ y CAMILA DE LA TORRE BLANCHE. "La expresión "por cuenta y riesgo del concesionario", no implica la asunción general e ilimitada de todos los riesgos de la contratación. A este respecto, los riesgos constitutivos de la esencia o definición de la concesión, están referidos a la empresa, negocio, actividad, gestión o explotación empresarial y comercial del concesionario y a lo expresamente pactado. "

¹⁴⁵ LAUDO ARBITRAL. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO GASES DE OCCIDENTE S.A. ESP Vs. LA NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Bogotá, D.C., Febrero 10 de 2012. ARBITROS. ANTONIO PABON SANTANDER, MARIA TERESA PALACIO JARAMILLO Y SUSANA MONTES DE ECHEVERRI. "Así, la administración pública al diseñar y estructurar el negocio objeto de la invitación a contratar, debe, en forma explícita, dar a conocer a los eventuales proponentes - contratistas las condiciones en las que ella está dispuesta a celebrar el contrato y los riesgos previsibles que asumirá el contratista que resulte favorecido, así como aquellos otros que serán de cuenta de la entidad contratante.

¹⁴⁶ TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO. INTEGRA S.A. Vs. MEGABUS S.A. LAUDO ARBITRAL Bogotá D.C., 8 de Marzo de 2010. Árbitros: JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR, MARIA TERESA PALACIO JARAMILLO y CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA. "(...) El artículo 24, que se ocupa específicamente del principio de transparencia, señala que "En

La distribución de riesgos no puede incluir riesgos no previstos de manera taxativa, al respecto es pertinente citar algunas apreciaciones de la justicia arbitral al respecto: "no se le pueden trasladar riesgos al concesionario, que no están explícitos en el Pliego y en el contrato, algunos de los cuales, con frecuencia, como en el caso presente, ni siquiera la entidad concedente conocía"¹⁴⁷

g) No se puede trasladar riesgos irrazonables, imprevisibles o extraordinarios.¹⁴⁸

2.2 El concepto de alea extraordinaria y alea ordinaria, una zona gris. El tema de riesgos trasladables y no trasladables, ha sido tratado en la jurisprudencia, bajo los conceptos de alea normal -trasladable- y alea anormal -intrasladable-.

virtud de este principio", entre otras cosas, las entidades estatales están obligadas a "definir reglas objetivas, justas, claras y completas" en los Pliegos de Condiciones (numeral 5, literal b)). El Tribunal es de la opinión que esta exigencia no se agota con la elaboración del Pliego, sino que el principio de transparencia le impone a la administración de manera permanente la carga de asegurar que las reglas contractuales sean claras y completas, so pena de incurrir en el supuesto de hecho del inciso final del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80, según el cual "Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral (...)"

¹⁴⁷ COLOMBIA LAUDO ARBITRAL.Tribunal de Arbitramento, Construcciones Carrillo Caycedo S.A. CONCAY S.A. v. El Departamento de Cundinamarca, Marzo 7 de 2008.

¹⁴⁸ COLOMBIA LAUDO ARBITRAL.Tribunal de Arbitramento, Departamento de Cundinamarca v. Consorcio Concesionaria de Desarrollo Vial de la Sabana, Septiembre 21 de 2009. "Por principio, los riesgos constitutivos de la esencia o definición de la concesión, son los expresamente pactados, los inherentes a la empresa, negocio, actividad, gestión o explotación empresarial y comercial del concesionario, los corrientes, normales u ordinarios, los "razonables", proporcionados o equilibrados", los del alea normal, siendo contrario a su estructura genética y funcional, a su utilidad, a la buena fe, a la equidad y a las directrices, reglas y principios de la contratación, extenderlos a todos en forma abstracta, general e ilimitada y, por tanto, inadmisibles "que en una relación contractual de derecho público (y en cualquier relación, se anota), el contratista deba asumir afectaciones imprevisibles o extraordinarias, de suficiente entidad para afectar la estructura económica del contrato"

Al respecto basta recordar la definición prevista en el Decreto 423 de 2001, en el que estableció que el contratista debe asumir los riesgos derivados de su alea normal, que sean susceptibles de lucro y no del alea anormal de la ejecución del contrato, pues esos deben ser resarcidos o compensados.¹⁴⁹

El punto crítico se ha tornado en determinar, cuales son los riesgos derivados del alea normal, pues a criterio del suscrito se torna en una zona gris, la cual es gobernada por la casuística, no obstante de la jurisprudencia, podemos extraer algunos elementos que permitirán su diferenciación, así:

a. El Riesgo debe estar expresamente pactado, ya sea mediante obligaciones o en la matriz de riesgos del contrato. No obstante de estar en la matriz de riesgos, su inclusión en la misma, debe ser legal y su traslado debe cumplir con las normas relevantes en el tema de riesgos trasladables.

b. Es posible trasladar los riesgos que asumiría cualquier empresario en el desarrollo de su negocio, los riesgos normales derivados de su actividad o gestión que realice, en contraposición no se pueden transferir riesgos distintos a los previsibles, es decir no serán objeto de transferencia, los imprevisibles, los indeterminables, los irrazonables o cualquier otro que en caso de ocurrir afecten la ecuación económica del contrato.

¹⁴⁹ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 25 de noviembre de 1999 (Exp. 10.873). "La doctrina ha entendido que en todo contrato con el Estado, el contratista debe soportar a su propio costo y riesgo el álea normal de toda negociación, no así el álea anormal, cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas. Lo que significa que la situación del cocontratante debe ser finalmente tal que pueda lograr la ganancia razonable que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originales."

c. No es posible realizar un traslado ilimitado de riesgos al concesionario, pues él es un colaborador de la administración en desarrollo de un contrato, y es ilegal que en virtud del mismo contrato se le trasladen todas las cargas públicas y riesgos derivadas de la ejecución del contrato¹⁵⁰. Vale la pena en éste punto recordar que el único riesgo que se puede transferir es el previsible, siempre y cuando el mismo este plenamente identificado, tipificado estimado y cuantificado.

La matriz de riesgos, no se puede convertir en el medio para realizar traslados ilimitados de responsabilidad al contratista, toda vez que al ser la matriz, parte de los estudios previos y de los pliegos de condiciones, se encuentra sujeta a las mismas Leyes¹⁵¹, reglas, condiciones y limitaciones a las cuales deben ajustarse estos, a las cuales deben sumarse las condiciones particulares establecidas por el legislador y por el ejecutivo, respecto del traslado de riesgos.

Por lo anterior, una matriz de riesgos que coloque en cabeza del concesionario el cien por ciento de un riesgo, o de hecho cualquier porcentaje, sin cuantificarlo o estimarlo, o sin que ese porcentaje corresponda a la realización de un estudio previo

¹⁵⁰ IBÍDEM Cita No. 134. " en ningún caso el contratista puede resultar soportando en su patrimonio cargas económicas de naturaleza extraordinaria, en virtud de que él es un colaborador del Estado en el cumplimiento de los deberes de protección del interés general que a este le incumbe y, por lo tanto, esa carga pública no puede recaer exclusivamente en el patrimonio de quien cumple el citado rol de colaborador de la entidad estatal contratante."

¹⁵¹ IBÍDEM Cita No. 134. Lo anterior significa que el riesgo es negociable siempre y cuando, naturalmente, no contravenga el ya citado numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80, como sería por ejemplo el caso de una cláusula que indicara que el contratista asume las aleas extraordinarias que se presenten en ejecución del contrato, y, más importante aún, significa que la asunción de riesgos forma parte esencial de la formación de la voluntad contractual y de la preparación de precios."

que le permita al proponente contar con los elementos de juicio para ajustarlo o incluirlo en su oferta económica, implica perse una obligación de naturaleza ilimitada, la cual se encuentra prohibida por nuestro ordenamiento jurídico y es ineficaz de pleno derecho conforme a la sanción prevista en el artículo 24, No. 5°, lit. e) de la Ley 80 de 1993.¹⁵²

c. No es posible trasladar el riesgo tributario¹⁵³, el cual según la doctrina y los documentos CONPES se encuentra incluido dentro del riesgo regulatorio.

Según una parte de la jurisprudencia, la cual se aclara no es mayoritaria, se considera que la creación de nuevos tributos o el cambio de tarifas en los existentes, constituye "Hecho del Príncipe", hecho que conllevaría la imposibilidad de trasladar al concesionario éste riesgo, conforme se ha indicado en éste escrito. Por otra parte, la posición mayoritaria considera los tributos como situaciones objeto de la teoría de la imprevisión, en todo caso, bajo uno u otro concepto no sería viable su traslado, pues por expresa disposición legal los riesgos relacionados con la teoría de la imprevisión no resultan trasladables.

¹⁵² IBÍDEM Cita No. 148. "Vale la pena mencionar, además, que conforme a la disposición del artículo 24, numeral 5°, literal e) de la Ley 80 de 1993, el legislador prohíbe cualquier disposición en los pliegos de condiciones que conduzca o que se pueda interpretar como que el contratista asume obligaciones de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad contratante, disposiciones que de ser incluidas en el contrato serán ineficaces de pleno derecho. Quiere ello decir, que no podría esperarse del contratista que asuma la responsabilidad de todo cuanto pase en la vía concesionada pues ello equivaldría a una asunción de obligaciones en forma ilimitada."

¹⁵³ COLOMBIA RAMA JUDICIAL CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de fecha 07 de marzo de 2002. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernandez Enríquez. Expediente 21588. "Así las cosas, el contratista debe probar la existencia objetiva del "Hecho del Príncipe", esto es, la fijación de nuevos tributos o el incremento de los ya existentes, las condiciones iniciales del contrato que considera se han alterado por causa de éste, dada la imprevisibilidad de dichas medidas, y que, por ende, para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales en esas "nuevas condiciones" ha debido asumir cargas anormales, extraordinarias, causantes de un detrimento patrimonial que no está obligado a soportar"

3. Conclusión del Capítulo.

De lo anterior, podemos concluir que si bien el desarrollo jurisprudencial en éste tema, no ha sido uniforme y no se ha tratado con la profundidad deseada, en el sentido que solamente hasta el año 2007, mediante la Ley 1150, se incluye en la legislación nacional de manera taxativa el concepto de riesgos previsibles dentro de los contratos estatales, puedo afirmar que esa inclusión realizada por el legislador, responde a una realidad judicial o arbitral, que como se evidencia de los fallos citados, en muchos casos es anterior al mismo Decreto 222 de 1983.

Es decir para el Juzgador, el tema del riesgo es un elemento derivado de la esencia económica de los contratos y por ello en éstos se trata el riesgo como una circunstancia que puede afectar el equilibrio económico, obviamente revisado el mismo como se indicó en el acápite anterior; no frente a una matriz de riesgos o a una distribución expresa de riesgos previsibles tal como lo exige la Ley 1150 y sus decretos reglamentarios, si no frente al alcance de las obligaciones previstas en los documentos contractuales, por lo anterior, ésta circunstancia reafirma que desde antaño la misma jurisprudencia ha entendido que el riesgo está directamente relacionado con las obligaciones asumidas en los contratos.

De la posición jurisprudencial, es posible extraer elementos determinantes, que permiten desde ya afirmar, que la misma distribución de riesgos planteada en algunos de los documentos licitatorios es ilegal o por lo menos parcialmente errada, al respecto podemos determinar con base en la jurisprudencia señalada, que cualquier traslado de riesgos que se pretenda hacer en desarrollo de un contrato estatal, debe limitarse y enmarcarse a los riesgos propios del alea normal de los contratos, sujetarse a las limitaciones previstas en la Ley 80, y estar debidamente

soportado¹⁵⁴ en los correspondientes estudios previos¹⁵⁵.

Es decir, la matriz de riesgo debe contar con un antecedente que identifique el riesgo, realice su valoración y cuantificación, de lo contrario, no sería posible al proponente elaborar una propuesta económica y técnica coherente, que responda a lo que requiere la Administración, siendo cualquier deficiencia en éste proceso imputable en consecuencia a la entidad pública conforme a las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993. Respecto de lo anterior, es necesario señalar que éstas deficiencias fueron parcialmente corregidas por el Documento CONPES 3714, no obstante, el mismo plantea algunas inconsistencias que serán evaluadas en un capítulo posterior, con mayor detenimiento.

¹⁵⁴ La matriz de riesgos no puede ser un documento que aparece por arte de magia, como se ha indicado debe identificar, tipificar, estimar y cuantificar el riesgo.

¹⁵⁵ LAUDO ARBITRAL. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO GASES DE OCCIDENTE S.A. ESP Vs. LA NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Bogotá, D.C., Febrero 10 de 2012. ARBITROS. ANTONIO PABON SANTANDER, MARIA TERESA PALACIO JARAMILLO Y SUSANA MONTES DE ECHEVERRI. Esta premisa es consecuencia lógica de la categoría jurídica del contrato estatal: es, en esencia, un contrato conmutativo. Y de esta misma connotación, surge la necesidad de guardar, aún en esta hipótesis, el equilibrio financiero del contrato, sólo que su preservación y restablecimiento durante la vida del contrato, se predicarán respecto de las condiciones reales bajo las cuales se celebró el contrato. De allí que sea indispensable la precisión del objeto a contratar y las condiciones bajo las cuales se obliga el contratista, desde el momento mismo en que se formula la invitación (Pliegos de Condiciones o invitación pública), y el entendimiento, aceptación expresa y medición de los alcances de los riesgos que asume el contratista desde el instante en que acepta la invitación del Estado. Ello es así, puesto que Pliegos y Oferta, se integrarán en el contrato estatal, cuyo contenido no podrá rebasar los límites impuestos por los documentos que antecedieron su celebración y en los que debe encontrarse consignada la verdadera intención de las partes al contratar. El contratista se obliga a la ejecución del contrato estatal, pero dentro de los precisos linderos establecidos en el contrato, determinados por las condiciones vigentes al momento de la celebración del contrato. Son estas condiciones, reflejadas y proyectadas en los riesgos trasladados al contratista en virtud del contrato, las que constituyen la base de la ecuación económica a cuya preservación tiene derecho el concesionario en virtud del principio del equilibrio económico del contrato el cual informa la contratación pública. Esta ecuación se romperá cuando esas condiciones desaparezcan por hechos o circunstancias no imputables al contratista y que no pudo RAZONABLEMENTE prever en el momento de celebrar el contrato: Es el álea extraordinaria que ningún contratista del Estado está llamado a asumir en su función de colaborador del Estado en la consecución de sus fines, so pena de que se quiebre el principio constitucional fundamental de la igualdad de los administrados ante las cargas públicas.

En consecuencia, el traslado de un riesgo correspondiente al alea anormal o extraordinaria, o de un riesgo de los denominados irresistibles¹⁵⁶, o uno que constituya un ofrecimiento ilimitado, o una causal de desequilibrio económico reconocido por la jurisprudencia¹⁵⁷ o de una obligación que depende de la voluntad exclusiva de la Administración, estarán afectados con la ineficacia derivada de la ilegalidad de dicha determinación, pues los riesgos que se pretenden trasladar no pueden desconocer los principios generales contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, en especial las limitaciones previstas en la Ley 80, así como la especificidad y taxatividad que respecto del riesgo previsible prevé la Ley 1150, el Decreto 2474 de 2008, el Decreto 734 de 2012 y sus sustituto el Decreto 1510 de 2013.

Ahora bien, la posición jurisprudencial y las nuevas disposiciones en materia de riesgos, de hecho no son incompatibles, sin embargo nuestro mismo ordenamiento jurídico, nos plantea tres inconvenientes, que si bien serán objeto de una investigación posterior, al presente documento, si es necesario enunciarlos:

¹⁵⁶ IDEM Cita No. 148. "no habrán de adoptar la condición de irresistibles en tanto con ella podría hacerse nugatorio el principio general de derecho según el cual nadie puede resultar obligado a lo imposible física, jurídica o legalmente"

¹⁵⁷ COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. Laudo arbitral MORA- MORA, CONCIVILES VS. INCORA. Árbitros: Martha Cediél de Peña, Alberto Hernández Mora y Carolina Rodríguez Ruiz. 19 de Marzo de 1996. "Clausulas que tengan por ejemplo el alcance de desconocer o impedir que el contratista acceda a la justa y plena remuneración por la obra realizad en ejercicio de derechos que la Ley o el propio contrato le confieran, que resultarían contrarias al propio contrato y a preceptos de orden público que consagra la Ley" (...) "la mayor onerosidad se concreta en los costo de la inactividad así producida, que debe ser reconocida o compensada económicamente por la administración contratante en la medida y grado que sea producido el daño a la economía del contratista"

➤El primero: La clasificación de los riesgos esencialmente trasladables es diferente en los CONPES a la prevista en la parte jurisprudencial, lo que evidencia que no existe unificación de criterios y dicha clasificación depende del intérprete o doctrinante que la aplica; al respecto, en la misma doctrina nacional este tema no es pacífico y aún cuando muchos han acogido, la clasificación de los documentos CONPES, la misma como se ha evidenciado a lo largo de este escrito, no es del todo acertada.

➤Segundo inconveniente: Existe un problema de lenguaje, mientras que la jurisprudencia se refiere a los riesgos derivados del alea normal de la ejecución del contrato, la norma se refiere a los riesgos previsibles, diferencia semántica, que para efectos del operador jurídico debe ser tomada como sinónima, con el fin de enriquecer y ajustar a derecho el trasfondo de sus decisiones.

➤Tercer inconveniente: La falta de enumeración de estos riesgos denominados previsibles, hace que la determinación en cualquier caso sea arbitraria y a criterio del intérprete, no obstante lo anterior, la Ley es clara al señalar que no son riesgos previsibles¹⁵⁸ los que no son identificables ni cuantificables, esta misma definición legal implica entre otras que riesgos como el político y el soberano, no puedan ser trasladables, aún cuando los documentos CONPES, los colocan en cabeza del concesionario, valga la pena resaltar que el CONPES 3714, lo radica preferiblemente en cabeza de la entidad pública, sin embargo en su definición establece que es esencialmente trasladable dependiendo del nivel de información que se tenga, lo cual de plano es un contrasentido.

¹⁵⁸ Como denomina la Ley 1150 y sus decretos reglamentarios a los esencialmente trasladables.

IV. POSICIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA -SECTOR VIAL-

1. LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LA DOCTRINA COLOMBIANA.

El tema de la distribución y asunción de riesgos en los contratos de concesión, genera diferentes posturas entre la doctrina, para los efectos analizare detenidamente las principales tesis expuestas en éste tema tan puntual.

En efecto frente a la distribución de riesgos del contrato de concesión de obra pública, existen en la actualidad dos tesis una expuesta por las Doctoras Patricia Mier, Susana Montes y Alfonso Prada entre otros, en la cual sostienen el derecho del contratista en su calidad de colaborador de la administración de mantener el equilibrio económico durante todo el desarrollo del contrato y otra que abanderada el Dr. Hugo Palacios Mejia, que expone la necesidad de limitar este derecho al equilibrio económico, y desconoce la calidad de colaborador del concesionario amparado en la expresión "por su cuenta y riesgo" prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en la inexistencia en su opinión, de prohibición legal que impida el traslado casi total de los riesgos derivados del contrato al concesionario. Una y otra tesis, ha sido tomada indistintamente por la jurisprudencia colombiana, y se encuentran reflejadas o contenidas en diferentes laudos y sentencias judiciales, algunos de los cuales ya se han expuesto en el presente trabajo.

Por lo anterior, en éste acápite se estudiaran las citadas tesis, así como la opinión de otros tratadistas que en apoyo de una u otra han expuesto a lo largo de ésta década, si bien en los últimos años algunos tratadistas han considerado algunas variables a las tesis expuestas, básicamente seguimos hablando de éstos dos extremos de la doctrina nacional, los cuales han fijado el paradigma en el

cual se han matriculado unos y otros, así no sea de manera explícita.

2. ¿ES VIABLE EL TRASLADO CASI TOTAL DE RIESGOS AL CONCESIONARIO?

Ineludiblemente, bajo la tesis del Doctor Hugo Palacios, la respuesta a éste interrogante es afirmativa. El análisis de la doctrina de los riesgos en los contratos de concesión que plantea el Dr. Palacios Mejía, toma como punto de partida la expresión contenida en el numeral artículo 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, al establecer que el contrato será "por cuenta y riego" del concesionario, respecto del alcance de ésta expresión el mismo tratadista, establece que el concesionario adquiere obligaciones de mayor alcance que en un contrato estatal diferente, es decir dicha expresión implica perse el traslado de los deberes "especiales de previsión, que usualmente corresponden a la entidad estatal"¹⁵⁹ a cargo del concesionario. Así mismo, sostiene que dicha expresión "limita sin duda, la negociación de riesgos entre las partes, pero no la elimina".¹⁶⁰ Es decir, al indicar que la limita parte del supuesto, que en la concesión una gran porcentaje de los riesgos propios del contrato estatal, están en cabeza del concesionario, por la naturaleza del vínculo contractual.

Frente a la distribución de riesgos, y a la posibilidad de negociar el riesgo contractual, ha expuesto el tratadista las siguientes ideas, algunas de las cuales valga la pena precisar, han sido tomadas como fundamentos de decisiones de naturaleza arbitral y judicial¹⁶¹:

¹⁵⁹ PALACIOS MEJÍA Hugo, Citado en Laudo Arbitral, Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías, Agosto 24 de 2001, Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil uno (2001).

¹⁶⁰ IBÍDEM anterior.

¹⁶¹ PALACIOS MEJIA, Hugo. "La cláusula de equilibrio contractual y sus efectos en los contratos de concesión", ensayo inmerso en el libro Concesiones en infraestructura, publicación del Ministerio de Hacienda, Coinvertir, 1996. pág. 18. "mientras no haya norma expresa que lo diga, o de la que se deduzca lo

- a) En el contrato de concesión, todos los riesgos son esencialmente trasladables.
- b) Todo riesgo es esencialmente negociable.
- c) Los riesgos hacen parte de la ecuación económica del contrato.¹⁶²

Así mismo señala el tratadista, al analizar el artículo 19 de la Ley 105 de 1993 ya citado en éste escrito, que no es posible colegir del mismo que el papel de los particulares en los proyectos de infraestructura se limita al del mero colaborador en la "construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura del transporte"¹⁶³. Lo anterior, debido a que en su criterio las obras de infraestructura no están limitadas a ser de propiedad del Estado, si no también de los particulares en virtud del principio constitucional de libertad de empresa, y en atención a las razones económicas preponderantes, referentes a la escases de los recursos del sector público.

Ahora bien, frente al tema de riesgos realiza una análisis

contrario, los riesgos que implica la ejecución del contrato estatal son negociables. Claro que en la Ley 80 se encuentra un sesgo al atribuir ciertos riesgos a una de las partes; por ejemplo, la Ley tiende a imputar al contratante oficial el riesgo de la inflación. Pero, por lo general, la Ley 80 confirma el talante de la legislación civil, en donde el riesgo contractual es negociable, en tal forma que el resultado del negocio hace parte del equilibrio económico y financiero"

¹⁶² PALACIOS MEJIA, Hugo. (2000) La concesión y la teoría económica de los contratos. Revista de derecho Público Universidad de los Andes (11) 11-17. "En mi opinión, la Ley 80 de 1993, por lo general, permite a las partes negociar la distribución de los riesgos a los que da lugar el contrato estatal; y la distribución que ellas hagan contribuye a definir en cada caso el "equilibrio económico y financiero del contrato". "(...)No deberla entonces, entenderse que la ocurrencia de un siniestro, de un hecho anormal y dañino, rompe siempre el equilibrio económico del contrato estatal: el deber de asumir ciertos riesgos es parte, ab initio, de ese equilibrio".

¹⁶³ IBÍDEM CITA No. 162.

que merece especial detenimiento, exponiendo puntos de vital interés para nuestro estudio, pues varios de sus argumentos han sido recogidos, por la jurisprudencia tradicional tanto en materia arbitral como judicial. En efecto frente a la teoría general de los riesgos el tratadista ha señalado¹⁶⁴:

1. La normatividad contenida en el código civil, permite a los contratantes de acuerdo a lo previsto en el artículo 1616, modificar los riesgos derivados de la fuerza mayor, el caso fortuito, y de la imprevisibilidad de los perjuicios. Permitiendo en consecuencia su negociación y traslado.

Argumento que no comparto, pues desconoce normas de derecho público, y el desarrollo jurisprudencial que ha presentado la figura, el cual señala, como se concluyó en el acápite anterior, que los riesgos irresistibles y los derivados de las causales propias del desequilibrio económico de los contratos, no son negociables. Al respecto se precisa que la renuncia al equilibrio económico, como institución, implicaría una renuncia a una norma de derecho público, renuncia que entre otras ha sido desestimada su validez por parte de la jurisprudencia, tal y como se expuso en el acápite anterior.

2. Los límites legales en la asignación de los riesgos contractuales, y la rigidez de normas específicas en materias de riesgos le restan eficiencia al contrato.

Esta concepción, ha sido retomada por el gobierno nacional, en sus diferentes estamentos, al buscar en pro de principios presupuestales y de planeación,

¹⁶⁴ IBÍDEM CITA No. 162.

que los contratos estatales no presenten costos adicionales a los que se negocian o presupuestan, sin embargo éste noble objetivo desconoce la realidad propia de nuestra reglamentación en materia de derecho administrativo.

Al respecto es necesario señalar, que la eficiencia del contrato no puede ser entendida, solamente bajo el concepto netamente presupuestal de ingreso, egreso y rentabilidad, entender ello implica desconocer los límites legales, de instituciones de derecho público, conforme los cuales deben moverse los administrados y las entidades estatales, situación diferente, es si el contrato fuera entre particulares, pues en contratación estatal, las disposiciones del código civil deben interpretarse de manera congruente y armónica con las disposiciones del Estatuto General de Contratación Administrativa, las cuales de plano hacen insostenible la posición del autor.

3. La Ley 80, permite la negociación de los riesgos derivados del contrato estatal, permitiendo que en la ecuación económica se incluyan nuevos riesgos, que antes no eran soportados por el contratista.

Lo anterior es cierto, pero no puede entenderse por ello que lo permita de manera absoluta e ilimitada. En efecto la Ley 80 permite la negociación de riesgos, eso es indiscutible, no obstante esa negociación de riesgos, está inmersa dentro de las limitaciones previstas en dicho estatuto legal.

Al respecto basta recordar que en el capítulo anterior, se expusieron detenidamente los lineamientos y las limitaciones que ha desglosado la jurisprudencia, tales como las prohibiciones de:

Ofrecimientos ilimitados, las previstas en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, las referentes a las causales de desequilibrio económico, la imposibilidad de trasladar riesgos derivados del alea anormal del contrato, etc.

Por lo anterior, no es posible aceptar el argumento del Dr. Palacios, de la manera general que él pretende plantearlo, pues si bien se permite la negociación de los riesgos, dicha negociación está limitada por 2 circunstancias, la primera, las limitaciones legales en el traslado de obligaciones y riesgos previstos en la Ley 80 de 1993 (Norma Vigente a la fecha de publicación del artículo), y la segunda, referida a la evolución normativa que en materia de riesgos ha tenido el Estatuto General De Contratación, al establecer que el único riesgo trasladable es el que sea previsible, identificable, tipificable y cuantificable, en los términos previstos en la Ley 1150, y sus Decretos Reglamentarios, así como los documentos CONPES. Consideraría procedente, que a la luz de éste último argumento, ésta tesis queda desvirtuada.

4. La normatividad prevista en el ordenamiento civil para los contratos conmutativos (Art. 1498 C.C.), no establece el principio que las obligaciones sean equivalentes, si no que si miren como equivalentes, lo que conlleva la posibilidad de negociar los riesgos.

Se precisa, que en materia de ejecución del contrato estatal y por estar éste regulado por la normatividad especial en la materia, priman éstas normas especiales en su aplicación frente a lo previsto en los ordenamientos civil y comercial¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Es necesario aclarar que por disposición expresa de lo previsto en el artículo 1 y 11 del código de comercio, la norma supletiva debería ser primero el código de comercio cuando quien celebra el contrato con el ente estatal es un comerciante.

Por otra parte, las normas civiles no pueden desconocer instituciones propias del derecho público, instituciones tales como el equilibrio económico¹⁶⁶ de los contratos estatales previsto principalmente en el artículo 27¹⁶⁷ de la Ley 80 de 1993. Por lo anterior, la interpretación y aplicación de dichas normas, como normas supletorias a la normatividad especial, debe estar acorde con las instituciones y principios propios de los contratos estatales, entre ellas los derechos y deberes de los contratistas y de los entes estatales, principalmente sus deberes, los cuales nos darán una visión más aproximada del mandato y la orden que impartió el legislador a los entes públicos al momento de contratar. Preceptos que como se verá más adelante en el caso de la distribución y asignación del riesgo previsible, en muchas ocasiones son desconocidos, por el operador jurídico encargado.

Adicionalmente, es necesario precisar que la interpretación del Dr. Palacios, tampoco resulta aceptable, pues la misma se tiene que entender a la luz del Estatuto General de Contratación Administrativa, que establece entre otros una serie de deberes y obligaciones en cabeza de la

¹⁶⁶ DE VEGA PINZÓN, Gabriel. "La distribución de riesgos en el contrato estatal". "El doctor Palacios desatiende la importancia o, acaso, la existencia del sustrato justificativo del principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato estatal, adoptado por la jurisprudencia nacional y luego por la Ley, no como una concesión gratuita al contratista estatal, sino como una contrapartida necesaria a las condiciones de preeminencia jurídica, que ostenta la Administración en desarrollo del contrato" EN <http://doctrina.vlex.com.co/vid/distribucion-riesgos-contrato-estatal-378289698>.

¹⁶⁷ IBIDEM Cita No. 166. "Acudiendo al mismo texto de la Ley 80 de 1993, todavía resulta necesario concluir que el restablecimiento de la ecuación nacida al momento de la celebración del contrato no procede solamente en los casos de incumplimiento de la entidad estatal, sino en cualquier situación de rompimiento del equilibrio económico, por sucesos no imputables al contratista, según lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley,"

entidad estatal, deberes y obligaciones que conllevan la estructuración del negocio por parte del Estado, entre los cuales se encuentran todos los estudios previos, el deber de planeación¹⁶⁸, etc. Instancias y obligaciones, con base en las cuales se determina, no solo la legalidad en los traslados de los riesgos, si no se establece la ecuación económica del contrato, ecuación que entre otras se debe mantener a lo largo de su ejecución y restablecer en caso de ruptura¹⁶⁹, por expresa disposición legal.

Al respecto se considera que la opinión del Dr. Santofimio Gamboa, presenta un mejor entendimiento del concepto del contrato conmutativo, frente al contrato estatal, pues bajo su tesis el Dr. Palacios, parecería considerarlo más bajo las características de un contrato aleatorio, lo cual está prohibido por la jurisprudencia, la cual expresamente lo cataloga por sus elementos como un contrato conmutativo:

“El contrato del Estado está dominado por la regla general de la previsibilidad, lo que hace que se deba negar el paso a cualquier hipótesis de modalidad comercial aleatoria, no solo por atentatoria contra el interés público en la medida en que pone en peligro el patrimonio de la

¹⁶⁸ IBIDEM CITA No. 111. “En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado” En: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/Deradm/article/view/2589/2228>

¹⁶⁹ Siempre y cuando se den los supuestos normativos previstos en la norma, para que proceda su restablecimiento.

comunidad, sino en cuanto a que a partir del carácter imperativo de la planeación contractual y de la distribución de riesgos en los términos de las Leyes 80 de 1 993 y 11 50 de 2007, prácticamente un contrato del Estado que se caracterice por aleatorio estaría viciado de nulidad absoluta por causa ilícita puesto que desconocería el derecho público de la Nación en los términos del artículo 44 (num. 2) de la Ley 80 de 1 993 en concordancia con el 1523 del Código Civil, salvo que se trate de un contrato típicamente unilateral a la luz del artículo 1 496 del Código Civil e igualmente gratuito según lo dispuesto en el artículo 1 497 de la misma codificación, en donde el riesgo absoluto del negocio sea asumido por el contratista y no por el Estado y a su vez éste no corra con pérdida alguna, pero sí participe de las ganancias, y sea el Estado titular tan solo de utilidades, esto es, bajo hipótesis y escenarios negociales absolutamente excepcionales.”¹⁷⁰

5. Uno de los pocos riesgos que no es negociable es la inflación, pues en virtud de la Ley 80 de 1993, la misma le asigna a la entidad contratante.

En éste punto, me encuentro parcialmente de acuerdo con el autor, pues la inflación no es negociable, toda vez que la Ley 80, previó y autorizo a la entidad estatal contratante, para pactar cláusulas de ajustes de precios y actualización, con el fin de mantener ajustado a la realidad el valor del contrato.

¹⁷⁰ IBIDEM Cita No. 111. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico” Bogotá D.C. Abril de 2008.

Sin embargo, no estoy de acuerdo como se expondrá en el siguiente capítulo, sobre el hecho que es uno de los pocos riesgos no negociables, de hecho considero que hay más riesgos no negociables que negociables, pues la Ley 80 de 1993, prohíbe el traslado de riesgos imprevisibles, de los derivados del hecho del príncipe, así como de las demás causales de desequilibrio económico del contrato. De hecho los únicos riesgos que actualmente se pueden trasladar son los previsibles y los susceptibles de lucro por parte del concesionario.

6. El principio económico de los contratos, conlleva la libre negociación de los riesgos entre las partes.

Como se observa, el tratadista lleva a la mesa de negociación todos los riesgos inherentes al contrato, no obstante, parece que desestima que para negociar un riesgo es deber de la administración, estimarlo, cuantificarlo y tipificarlo, requisitos sin los cuales no es posible, ni legal su traslado.

Aunado a lo anterior, el único riesgo del cual es aceptado su traslado según la misma legislación es el riesgo previsible, por ello, es que pese a que la naturaleza del riesgo no sea la de previsible, suele ocurrir que se incluyan todo tipo de riesgos incluso los que no son previsibles con el fin de colocarlos en la mesa de negociación.

Este entendimiento se establecía igualmente en la Ley 80 de 1993, pues si bien en dicha época el concepto de riesgo era ajeno a la normatividad, si se establecía que no podían existir ni en los pliegos ni en los contratos estatales, ofrecimientos

ilimitados¹⁷¹, lo cual implica que toda obligación o riesgo que se pretendiera trasladar debería estar debidamente cuantificado en el contrato, por otra parte, es evidente que los límites legales en cuanto a traslados de riesgos a los que hemos referencia en éste escrito existen desde la misma Ley 80, razón por la cual, se evidencia que la tesis del autor desconocía desde ese entonces normas de derecho público.

Al respecto se precisa, que la mayoría de escritos en los que este autor plasmó esta posición, son anteriores a la Ley 1150 y sus Decretos Reglamentarios, por lo cual el tema de la previsibilidad o imprevisibilidad del riesgo no había sido legalmente instituido, sin embargo desde antaño la jurisprudencia si había hecho referencia a los conceptos de alea normal y anormal de los contratos, estando muchos de aquellos fallos, de acuerdo con la tesis que sobre distribución y asignación del riesgo plantea el Dr. Palacios, en especial sobre el traslado de parte del alea anormal de los contratos.

El tratadista Eduardo Fonseca Prada¹⁷², controvierte la tesis planteada por el Doctor Palacios, en los siguientes términos:

a. El tema de distribución de riesgos en los contratos estatales enfrenta los aspectos de legalidad con los de conveniencia.

b. El contratista del Estado no se encuentra en una posición más favorable que la que pueda ostentar en el Sector Privado, para lo cual llama la atención de elementos que tienen que ver con la parte económica del contrato, así:

¹⁷¹IBIDEM Cita No. 18.Artículo 24 No. 5.

¹⁷² FONSECA PRADA, Eduardo. (2002) la asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas. Revista de derecho público No. 4. Junio de 2002 Universidad De Los Andes Facultad De Derecho. Pag. 35-48.

b.1. El Estado reconoce tasas de intereses mínimas por el incumplimiento de su obligación de pago en tiempo;

b.2. En el sector privado ningún contratista puede modificar, terminar o interpretar el contrato sin el concurso del juez, no existen las cláusulas excepcionales al derecho común.

b.3. La normatividad privada salvo casos sumamente excepcionales, no genera el riesgo de una inhabilidad sobreviniente, caducidad, multas por acto administrativo o la imposibilidad de contratar con el Estado, en general.

b.4. En contratación estatal no es posible suspender el cumplimiento del contrato por el incumplimiento del contratante,

b.5. El contratista cumplido no puede embargar los dineros públicos.

c. Los criterios legales que se deben seguir al momento de asignar riesgos se encuentran definidos por la misma Ley, así: a) Siguiendo el principio de transparencia sólo es posible asignar o trasladar al contratista riesgos que no impidan establecer al momento de celebrar el contrato las condiciones de costo de las obras y servicios que sean objeto del mismo (artículo 24, numeral 5 (c) de la Ley 80 de 1993). b) No es legalmente posible trasladar riesgos de extensión ilimitada al contratista (Art. 24, numeral 5 (e) de la Ley 80) c) No puede, la administración trasladar riesgos al contratista que no son propios de su empresa, mucho menos si no pueden ni medirse ni calcularse. d) No pueden incluirse riesgos de imposible valoración. e) Es posible trasladar al contratista los riesgos valorables y determinables, mediante la toma de seguros, pues estos escenarios el contratista solamente deberá

pagar la prima del seguro y no existe para el contingencia de pérdida o ganancia.

d. Respecto del tema de los riesgos inherentes al contrato de concesión de obra pública, reafirma que es un contrato conmutativo, reglado por la Ley 80 de 1993, y no puede tener, regulaciones diferentes a las contempladas por el mismo estatuto de contratación, es decir el concesionario goza igualmente de su derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

e. Finalmente, reitera que la expresión por cuenta y riesgo contenida en el artículo 32 No. 4 de la Ley 80 de 1993, se limita así:

“el riesgo específico que trata la norma y que le asigna al concesionario es el que comúnmente se conoce como riesgo comercial, el riesgo propio de la prestación del servicio, funcionamiento u operación del proyecto y la posibilidad de obtener el producto remuneratorio previsto, por el recaudo que se obtenga de los usuarios del servicio. Este riesgo, que puede ser enorme y causa del descalabro financiero del concesionario, fue posteriormente morigerado, respecto a las concesiones viales, por la Ley 105 de 1993, que previó la posibilidad de que las entidades estatales otorgaran al concesionario garantías de ingreso mínimo y estableció otros mecanismos que permitieran asegurarle al concesionario la recuperación de la inversión realizada en la construcción, rehabilitación o mantenimiento de vías.”¹⁷³

¹⁷³ IBIDEM Cita anterior.

Ahora bien, es necesario señalar que pese a los argumentos expuestos por el suscrito, y partiendo del hecho de no encontrarme de acuerdo con la postura del Dr. Palacios, es necesario reconocer, porque así lo ha hecho la historia jurídica del país, que el pensamiento del Dr. Palacios, pese a la brevedad de algunos de sus escritos, ha sido recogido por algunos laudos arbitrales y sentencias judiciales que han sido tratados a lo largo de éste escrito, y representan una línea de pensamiento jurídico que tiene claros visos estatistas, que corresponde al traslado casi total de riesgos al concesionario, en protección de las finanzas del Estado, no obstante dicha argumentación, resulta insuficiente, pues en sus planteamientos y algunas consideraciones, se obvian expresas previsiones y prohibiciones legales, previstas por el legislador.

Por lo anterior, considero que su posición aún cuando totalmente respetable, ha sido rebasada por los avances legislativos, reglamentarios, jurisprudenciales¹⁷⁴ y arbitrales, pues las últimas sentencias, plantean tesis contrarias a las expuestas por el Doctor Palacios.

2.1 ¿Es posible trasladar el riesgo tributario?. Una parte de la doctrina entre ellos el tratadista Libardo Rodríguez¹⁷⁵,

¹⁷⁴ COLOMBIA RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 26 de febrero de 2004, C. P.: Germán Rodríguez Villamizar. Exp. 14043. "La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume "un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública", pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso. La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado. Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con las limitaciones indicadas, por la entidad."

¹⁷⁵ Ibídem cita No. 19

considera que el riesgo tributario es esencialmente trasladable, y comparten algunos elementos de la posición esgrimida por el Dr. Palacios.

Aún cuando dicha concepción y posición jurídica, no es compartida por el suscrito, aún cuando, las sentencias más recientes del Consejo de Estado, catalogan el riesgo tributario, entendido éste como la creación de nuevos tributos y los cambios de tarifas que afecten el contrato, no como un hecho del príncipe, si no como un hecho imprevisible, tal como se indico en el segundo capítulo de éste escrito, sin embargo ésta concepción de hecho imprevisible en nada se opone a los argumentos que se plantean a continuación:

a) Tratadistas como Gaspar Ariño Ortiz, precisan que el riesgo tributario constituye el "factum princip o ius variandi"¹⁷⁶ y éste riesgo siempre debe ser asumidos por la administración, por su propia naturaleza de ser un hecho del Estado.

b) El Decreto 2474 de 2008, establece que el riesgo solo es previsible en la medida que sea identificable o cuantificable.

Ahora bien el mismo Decreto 734 de 2012, que deroga el Decreto 2474, ratifica lo anterior, al señalar que el riesgo solo es previsible en la medida que sea "identificable y cuantificable", en consecuencia en ausencia de una de esas dos condiciones, el riesgo no es previsible y por tanto no podría ser trasladable. En consecuencia, un impuesto en un contrato a largo plazo, no es esencialmente identificable, ni cuantificable, ni previsible, tanto que para efectos de atraer inversión el Estado celebra contratos de estabilidad tributaria.

¹⁷⁶ ARIÑO ORTIZ Gaspar (2010).El contrato de colaboración público privada. En Felipe de vivero Arciniegas (2010).Reforma al régimen de contratación estatal. (1a. Ed.). Bogotá: Ediciones Uniandes. Página 212.

c) Para trasladar un riesgo, es necesario por disposición expresa del artículo 88 del Decreto 2474 y 2.1.2 del Decreto 734 de 2012, que sea "cuantificable" desde los pliegos, aspecto que siempre es obviado por las entidades públicas y que en efecto haría ilegal su traslado.

d) El surgimiento de un impuesto, de manera posterior a la suscripción del contrato afecta la ecuación económica, puesto que no podía haber sido estimado o costado por el oferente en su propuesta, entre otras por que las políticas fiscales y tributarias nacen del gobierno y no de los particulares.

e) Es ilícito de acuerdo a nuestro ordenamiento un ofrecimiento ilimitado (Art. 24 No. 5 Ley 80 de 1993), por lo anterior asumir riesgos que no puedan ser cuantificables, ni determinables desde los pliegos o que el oferente no pueda establecer en que medida afectan su contrato, se constituyen en ofrecimientos o disposiciones ilimitadas, afectadas de ineficacia.¹⁷⁷

f) Conforme al principio de transparencia, es obligatorio definir con precisión el costo de los bienes, servicios y obras, por lo cual un pliego que traslade cualquier riesgo al concesionario debe valorar este riesgo económicamente; de lo contrario, su traslado simplemente enunciativo es de plano

¹⁷⁷ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 20 de Septiembre de 1979. Exp. No. 2742 "No se puede entender, pues ninguna estipulación contractual, por claro que sea su significado literal, en el sentido que es fuente ad infinitum a cargo de una de las partes y en beneficio de la otra, sin que esta, por su parte, retribuya a ella, la mayor onerosidad, causada por la mayor carga"

ilegal, y esa ilegalidad se está convirtiendo en una constante en nuestro sistema de contratación.¹⁷⁸

g) La Jurisprudencia Nacional ha señalado, que el surgimiento de nuevos tributos, implica un hecho del príncipe, que afecta la ecuación económica del contrato y que en consecuencia el contratista tendría derecho al restablecimiento de la ecuación económica.¹⁷⁹ No obstante lo anterior, se precisa, que hay sentencias posteriores, y es la posición actual del Consejo de Estado, que éste hecho no constituye un "Hecho del Príncipe" si no que se encuadra más en la "Teoría de la Imprevisión", sin embargo bajo éste último supuesto, tampoco sería posible trasladar dicho riesgo, pues constituye un hecho a todas luces imprevisible que no correspondería al concepto de "riesgo previsible", exigido por la legislación, para permitir su traslado al contratista.

h) No es posible trasladar al Concesionario el riesgo tributario, pues conforme a la Ley 80 de 1993, se establece como un derecho del contratista el de "recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato."¹⁸⁰, Y

¹⁷⁸ IBIDEM CITA No. 18. Artículo 24 No. 5, literal c) "Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato."

¹⁷⁹ IBIDEM Cita No. 131 "Es válido aceptar que la fijación de impuestos, evento que, a manera de ejemplo, señala Marienhoff como un "hecho del príncipe", puede afectar el equilibrio económico del contrato?. La respuesta a dicho interrogante es positiva si se tiene en cuenta, en primer lugar, que el tributo es fijado por el Estado mediante Ley, lo que significa que tal imposición tiene un carácter general, luego, al recaer en el contratista como sujeto individual destinatario de dichas normas, es perfectamente posible que, en ciertos casos, dicha medida le afecte de manera particular en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.(...)" La Sala ha precisado, que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato podrá proceder por dicha causa, si se afecta la ecuación financiera "en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista", haciendo más onerosa la ejecución del correspondiente contrato.

¹⁸⁰ IBIDEM CITA No. 18. Art. 5, No. 1.

resulta una verdad de inocultable, que se afecta el valor del contrato con un impuesto y si éste no es asumido por la entidad pública, el "valor intrínseco" al que se refiere la Ley cambiaría en detrimento del Contratista.

i) El artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece que en "los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar", lo que implica que el hecho que el contratista asuma ciertos riesgos por ejemplo el riesgo tributario, implica una ruptura de la ecuación económica del contrato, pues entra a asumir costos adicionales no previstos, los cuales resultarían en la asunción de un riesgo imprevisible, contrariando la disposición expresa del legislador de transferir solamente el riesgo previsible.

j) La doctrina Española, por conducto del tratadista Eduardo García Enterría, -Cuyos planteamientos han sido acogidos por la jurisprudencia judicial y arbitral-, establece que procede el restablecimiento económico del contrato, cuando se traslada el riesgo regulatorio y el tributario, ya sea por el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión.¹⁸¹

Finalmente, es necesario recalcar que un riesgo imprevisible, no se torna previsible, por el ejercicio que en cuanto a su estimación, tipificación y cuantificación, realice la entidad estatal, entender ello, implicaría que en virtud de éste planteamiento, la entidad podría trasladar al contratista o concesionario, todo hecho imprevisible, incluidos los

¹⁸¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Octava edición. Editorial CIVITAS. Madrid. 1.998. Pág. 731. "en cuanto se traduzca en una medida imperativa y de obligado acatamiento que reúna las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan (relación de causalidad) un daño especial al contratista, da lugar a compensación".

derivados de su propio actuar como entidad pública, así como todas las variables reconocidas por la Ley y la jurisprudencia como causales propias del desequilibrio económico, lo que equivaldría a la desaparición del postulado legal del equilibrio de la ecuación económica del contrato estatal y de los derechos del contratista, hecho que sería ilícito, por expresa prohibición legal.

3. ¿QUE LIMITACIONES LEGALES Y CONSTITUCIONALES TIENE EL TRASLADO DE RIESGOS AL CONCESIONARIO O AL CONTRATISTA?

Las doctoras Susana Montes y Patricia Mier Barros, son tal vez en la Doctrina Nacional quienes han tratado el tema de los riesgos con mayor profundidad y seriedad, en lo que se refiere a la contratación estatal y en especial al contrato de concesión. Pese a que sus trabajos no han sido actualizados con las últimas normas relevantes sobre la materia, si resultan vigentes muchos de sus postulados, algunos de los cuales posteriormente se vieron adecuados a las normas procedentes.

Para efectos de éste trabajo recogeremos sus principales planteamientos, con el fin de exponer de manera razonable y ponderada, los fundamentos que ellas han erigido frente a la distribución de los riesgos en los contratos estatales.

Al explicar la tesis de distribución de riesgos erigida, por parte de estas tratadistas, es necesario retomar algunos conceptos básicos.

En efecto las Doctoras Montes y Mier, consideran que el concesionario es un colaborador del Estado, pues en materia de infraestructura vial, conforme a lo previsto en la Ley 105 de 1993, es competencia del Estado el desarrollo y planeación de la infraestructura de transporte, especialmente para nuestros efectos en el subsector vial, así mismo, se establece que las obras y proyectos de infraestructura son propiedad del Estado; lo anterior, lleva

a las tratadistas a concluir que de acuerdo a nuestra normatividad, no es posible entender o dar un papel diferente al Concesionario, que no sea el de "Colaborador de la Administración" pues incluso en la concesión, éste solamente recibirá la mera tenencia o tomara posesión de los bienes objeto del contrato, como consecuencia del contrato de concesión, a título de beneficio o privilegio, con el fin de obtener el retorno de la inversión realizada.

La distribución de riesgos propuesta por las trataditas, establece que es imposible el traslado de riesgos imprevisibles, el de regulación y las responsabilidades de exclusiva competencia y resorte del estado en su calidad de gestor de la infraestructura del sector de transporte¹⁸², aspecto que ha sido posteriormente reafirmado por la jurisprudencia.

Señalan así, que la contratación estatal en virtud del desarrollo de los principios previstos en la Ley 80 de 1993, no permite el establecimiento de riesgos o contingencias inciertas, por el contrario en virtud de la aplicación taxativa de los artículos 24 y 25 de la Ley 80 de 1993, las prestaciones y alcance contractual de las obligaciones de las partes deben estar claramente establecidas desde los pliegos de condiciones, como un requisito legal de la carga de claridad que en ellos deben establecer las entidades públicas. Éste aspecto fue posteriormente ratificado por la Ley 1150, que estableció que los únicos riesgos trasladables dentro del contrato estatal, son los denominados riesgos previsibles, estableciendo para los efectos, que la identificación, determinación, estimación y cuantificación de los riesgos previsibles, así como el soporte de los mismos haría parte de los estudios previos; debiendo por tanto la

¹⁸² IBIDEM Cita No. 22. "No permite la Ley ni la Constitución Política que el Estado traslade a los particulares una responsabilidad adicional a la autorizada por la Ley ni aquellas no previstas por las partes en el momento de celebrar el contrato y a la que deriva de la esencia y naturaleza del contrato celebrado, en cuanto indispensables para la consecución de su objeto"

entidad pública, cumplir con la misma carga de claridad, determinación, y demás responsabilidades frente a los mismos.

Ahora bien, precisan las tratadistas que en los contratos de concesión de obra pública, los recursos destinados para el pago del contrato pueden ser pagados por la comunidad usuaria del servicio, vía valorización de los predios beneficiados con la obra, el presupuesto estatal, o cualquier otra que garantice el pago o el retorno de la inversión realizada por el concesionario, así como de los rendimientos previstos en la ecuación económica del contrato, aspecto que se compagina y adecua a la normatividad que en contratación estatal, regula la materia.

Frente al tema específico de valoración y distribución de riesgos, plantean una interpretación económica y legal, al señalar que el contrato de concesión es un contrato eminente conmutativo, no aleatorio y el cual de acuerdo a la normatividad civil y en especial al entendimiento que la jurisprudencia ha tenido sobre el tema, se entiende como aquel que se caracteriza por la existencia de obligaciones recíprocas equivalentes, aspecto fundamental que diferencia esta línea de pensamiento de la expuesta por el Doctor Palacios, pues mientras ellas asumen el citado artículo 1498 del Código Civil, bajo el entendido de las prestaciones recíprocas, el Doctor Palacios, lo asume como que se "vean o miren como equivalentes" obviando la incidencia que los postulados de la Ley 80, tiene sobre la ecuación económica, los derechos del contratista y los deberes de la administración .

Las tratadistas coinciden con el Dr. Palacios en la posibilidad de trasladar algunos riesgos al contratista o al concesionario, no obstante difieren sustancialmente en los criterios, que se deben tener en cuenta al momento de determinar cuáles son trasladables y cuáles no.

Por lo anterior, si bien la voluntad de los contratantes permite el traslado de unos riesgos, como ya se explicó, existen algunos riesgos que son naturalmente intrasladables o intransferibles:

"(...)es preciso concluir que no es posible trasladar al contratista aquellos riesgos no cuantificables o que no sean mesurables o definibles (riesgo por cambio legislativo, fiscal, ambiental. Imprevisión, etc.), pues por ese sólo hecho se convertiría la naturaleza del contrato en aleatorio (la incertidumbre de la ganancia o pérdida es la característica esencial de este tipo de contratos artículo 1498 Código Civil)"¹⁸³

Ahora bien, la Doctrina en general es unívoca al señalar que la ecuación económica contractual nace al momento de la celebración del contrato y en ella se incluyen los riesgos - Aspecto que no precisa discusión alguna, pues la doctrina y la jurisprudencia así lo han entendido-, los cuales en virtud de los pliegos de condiciones son trasladados al Concesionario, no obstante lo anterior, como se ha señalado, el traslado de los riesgos al igual que toda la ejecución del contrato deben ajustarse a la legislación vigente, pues de realizarse un traslado de obligaciones de manera ilimitada, el mismo sería ineficaz pues desconocería la prohibición legal prevista en la Ley 80 de 1993, de incluir o aceptar en los contratos estatales obligaciones de carácter ilimitado.¹⁸⁴

Al señalar, que riesgos no son esencialmente trasladables al concesionario en un contrato de obra pública encontramos los siguientes: a) Los derivados del ejercicio de las potestades excepcionales del Estado, b) Los derivados de las modificaciones o variaciones de la obra contratada por causas

¹⁸³IBIDEM Cita No. 22.

¹⁸⁴IBIDEM Cita No. 22. "(...) tal estipulación resultaría violatoria de la normativa contenida en el artículo 24, numeral 5o, literal d), en concordancia con el 25, numeral 12 de la Ley 80 de 1993, normas que no podrán ser derogadas por pactos o convenios"

no imputables al contratista, c) La imprevisión, d) El hecho del príncipe, e) Los derivados de la mala conducta contractual del Estado o el incumplimiento del Estado, clasificación que ha sido ratificada por la jurisprudencia, como se vio en el acápite anterior.

Así mismo, señalan que todo traslado de riesgos debe estar esencialmente limitado por las prohibiciones establecidas al respecto en nuestro ordenamiento jurídico¹⁸⁵ (Ofrecimientos de extensión ilimitada) y que solo podrán ser trasladados los que sean efectivamente cuantificados, determinados y precisos al momento de celebrar el contrato¹⁸⁶.

Finalmente, las tratadistas al analizar algunos riesgos concluyen lo siguiente:¹⁸⁷

- Los riesgos trasladables deben ser cuantificables o mesurables, no es posible trasladar riesgos al contratista que impliquen renunciaciones al derecho de indemnización, al equilibrio económico, o los derivados de hechos imprevisibles.¹⁸⁸

- El riesgo cambiario: Este riesgo no es trasladable en su totalidad, es parte de la libertad

¹⁸⁵IBIDEM Cita No. 18. Artículo 24, numeral 5 inciso final.

¹⁸⁶IBIDEM Cita No. 22.

¹⁸⁷IBIDEM Cita No. 22.

¹⁸⁸IBIDEM Cita No. 22. "es preciso concluir que no es posible trasladar al contratista aquellos riesgos no cuantificables o que no sean mesurables, pues por ese sólo hecho se convertiría la naturaleza del contrato en aleatorio; pero, además, como lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, no puede obligarse al contratista a renunciar, en forma general, al derecho a la indemnización (restablecimiento del equilibrio económico o financiero del contrato) que proviene tanto de la Constitución Política (artículos 13, 58 y 90) como de la Ley sobre contratación estatal, cuando la afectación de su patrimonio proviene del acaecimiento de hechos imprevisibles o que dependen de la voluntad de la administración pública contratante"

contractual pactar moneda, tasa de cambio; los efectos de la revaluación o devaluación salvo pacto en contrario, deben ser asumidos por la entidad contratante.

-. El riesgo por estudios y diseños: Frente a éste punto consideran que la responsabilidad del concesionario por los mayores costos de la construcción, solamente le podrán ser trasladados en su integridad, cuando la totalidad de los estudios, la información de estudios geotécnicos, de suelos, cantidades de obra y los demás que se requieren, están en cabeza del concesionario; no ocurre lo mismo, cuando algunos de éstos elementos han sido elaborados o suministrados por la entidad contratante, en éste último supuesto no es aceptable las exenciones de responsabilidad previstas en los distintos contratos. (Artículo 24 No. 5 Literal e.)

-. El riesgo de tráfico y de tarifas: "El riesgo de tráfico vehicular podrá trasladarse al contratista y éste podrá asumirlo válidamente, siempre y cuando sea de su cargo la labor de efectuar los estudios de tráfico correspondientes. (...) Por supuesto que este riesgo no es trasladable si los estudios han sido suministrados por la entidad."¹⁸⁹

-. El riesgo ambiental: En principio este riesgo, no es trasladable pues a menos que el proyecto cuente con licencia ambiental no hay forma de cuantificar ni calcular los costos que implica y mucho menos las obras de mitigación que pueda generar. El hecho de no ser calculable al momento de la oferta lo hace intrasladable.

-. El riesgo de disponibilidad de predios: El riesgo de disponibilidad de predios siempre será a cargo de la entidad pública contratante "Ahora bien, la posibilidad de delegar la función de adquisición de predios no conlleva la asunción del riesgo por el contratista por no obtener el resultado buscado

¹⁸⁹IBIDEM Cita No. 22.

y, por lo mismo, tendrán que ser de cargo de la entidad los sobre costos generados por las demoras en la obtención de los predios por el mecanismo de la expropiación, sea esta administrativa o judicial.”¹⁹⁰

Posteriormente la Doctora Mier, complemento esta tesis, en los siguientes términos:¹⁹¹

a) Es connatural a la concesión, la asunción de riesgos por parte del sector público, así lo estableció la política pública en el Documento CONPES 2775, el cual textualmente señala: “La asignación de los riesgos debe estar de acuerdo con los mecanismos de mitigación y el nivel de control que sobre ellos tenga cada una de las partes. De esta manera, el sector público debe asumir, en principio, aquellos riesgos que dependen estrictamente de sus acciones, en tanto que el sector privado debe asumir aquellos que estén bajo su control.” Documento CONPES - 2775 - “Participación del Sector Privado en Infraestructura Física” abril de 1.995.¹⁹²

b) La distribución de riesgos del sistema concesional debe hacerse sin olvidarse que es requisito necesario la licitud en el traslado de riesgos, de lo contrario cualquier distribución que se pretenda será ilegal.

c) Respecto del Riesgo Regulatorio, preciso lo siguiente: Es imposible su traslado al contratista vía ordenamiento contractual, por constituir hecho del príncipe.¹⁹³

¹⁹⁰ IBIDEM Cita No. 22.

¹⁹¹ MIER BARROS, Patricia. (2002) La regulación de los contratos de concesión de obras de infraestructura. Misión de contratación hacia una política para la eficiencia y transparencia en la contratación pública Tomo I Departamento Nacional de Planeación. (1ª Ed.) Bogotá: DNP. 391-416

¹⁹² IBIDEM Cita No. 191.

¹⁹³ IBIDEM Cita No. 191. “1. El riesgo regulatorio (en él comprendido el riesgo tributario). No es posible su traslado indiscriminado al concesionario en

En los anteriores términos, es claro que la posición de ésta parte de la doctrina es abiertamente contradictoria a la planteada por el Dr. Palacios; lo cual implica que al ser ambas posiciones planteadas antes de la Ley 1150 de 2007, el criterio adoptado por el legislador y por el gobierno en sus Decretos Reglamentarios, fue el establecido por la posición de imposibilidad jurídica de trasladar la totalidad de los riesgos al Concesionario, y en consecuencia se mantuvo derecho al restablecimiento del equilibrio económico a favor de el Concesionario, acogiendo en consecuencia, los planteamientos de las citadas tratadistas.

La Doctrina Española por su parte ha señalado, sobre el tema de los riesgos y el equilibrio económico dentro de los contratos de concesión, que el riesgo debe ser limitado, coherente y moderado y que el mismo debe ser asumido tanto por el Estado, como por el privado que pretende participar en el desarrollo de un proyecto de infraestructura bajo el sistema concesional.¹⁹⁴

relación con los gravámenes doctrinariamente calificados como "especiales". Dicho traslado es procedente frente a las denominadas "cargas tributarias de carácter general". Es la teoría del "hecho del príncipe", cuyo análisis escapa al objeto de este estudio. (...) la Corte Constitucional que en sentencia C-333/96 del 1 de agosto de 1996 definió el punto acogiendo la reiterada doctrina del Consejo de Estado en cuanto hace a la imposibilidad jurídica predicable de la entidad estatal contratante de trasladar dicho riesgo mediante el instituto contractual. Y sabido es que de conformidad con el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, "Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares".

¹⁹⁴ ORTEGA ÁLVAREZ Luis, "El Régimen Común del equilibrio Económico del Contrato de Concesión de Obras Públicas Predicable de los diferentes supuestos de riesgo y ventura existentes en las distintas fases de dicha concesión." en El Contrato de concesión de Obras Públicas en la Ley de contratos del sector Público. Director Francisco Puerta Seguido. Editorial La Ley. Madrid, España. Febrero de 2009. Pág. 215. "Resulta evidente, en un contrato de larga duración por naturaleza, que la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio, por lo que, en coherencia, se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quiere atraer la participación del capital y la iniciativa privadas".

Si el riesgo no es limitado, coherente y moderado, nos encontramos ante la incertidumbre, y la imposibilidad de determinar una variable dentro de un proyecto, lo cual hace intranslable el riesgo, mientras que por riesgo previsible, se entiende, la posibilidad de llevar esa variable a aspectos económicos, pudiendo formularla en términos de probabilidad, y por tanto de concreción económica.¹⁹⁵

La teoría clásica del riesgo expone que se debe transferir el riesgo a la parte que esté en mejor posición de controlarlo, pero controlarlo, puede tener muchas variables entre ellas las previstas en el CONPES 3714, puede consistir en diferentes actividades o actuaciones por parte de quien lo asume -ya sea mitigarlo, solucionarlo, evitarlo, compartirlo- pero no puede confundirse el concepto de control, con el concepto de dominio total del riesgo, pues en ese momento, al existir un dominio total del riesgo, el mismo desaparece.¹⁹⁶

Lo anterior, no implica que el traslado total de riesgos - Previsibles e Imprevisibles- al concesionario, nunca llegue a ser posible, lo que se concluye, es que con la legislación actual y los derechos previstos en el ordenamiento jurídico a favor de los contratistas, así como a favor de los concesionarios, ello no es posible.

La única solución sería crear una legislación especial para los contratos de colaboración público privada¹⁹⁷, tendencia

¹⁹⁵ IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ Rafael y VASSALLO MAGRO Jose Manuel, Concesiones de Infraestructura con plazos cortos en Revista de obras públicas, Extraordinario Octubre de 2002. No. 3.425. Página 120.

¹⁹⁶ Idem.

¹⁹⁷ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.LIBRO VERDE. "sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones" Bruselas, 30.4.2004. COM (2004) 327 final. "La expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito

mundial que evidencian por ejemplo legislaciones como al española¹⁹⁸, ahora bien, si bien durante el proceso de elaboración del presente documento se expidió la Ley 1508, que regula las "Asociaciones Público Privadas", considero como se expuso en el capítulo primero de ésta tesis, que dicha reglamentación no permite por acogerse al estatuto general de la contratación pública, un manejo de riesgo diferente al previsto y estudiado de manera detallada en éste escrito y en consecuencia no podría cumplir con éste cometido. Ahora bien, respecto del tema previsto en el Decreto 1510 de 2013, llama fuertemente la atención que del mismo se eliminara el concepto de previsible, que exige la Ley 1150 cuando se refiere al riesgo trasladable.

comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio." (...) "El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos." (...) "El éxito de una operación de CPP depende en gran medida de lo completa que sea la normativa contractual del proyecto y de la óptima determinación de los elementos que van a regir su puesta en marcha. En este sentido, resulta crucial la evaluación pertinente y el reparto adecuado de los riesgos entre los sectores público y privado, en función de la capacidad respectiva de cada uno de ellos para asumir dichos riesgos. También es importante prever mecanismos que permitan evaluar periódicamente la actuación del titular de la CPP. En este contexto, el principio de transparencia exige que los datos que permiten determinar la evaluación y el reparto de riesgos, así como la evaluación de la actuación, se comuniquen en la documentación de consulta, de manera que los licitadores puedan tenerlos en cuenta a la hora de elaborar sus ofertas."

¹⁹⁸ BRUNETE DE LA LLAVE, Maria Teresa. (2009). Los contratos de colaboración Público - Privada en la Ley de contrataos del sector público. Especial aplicación a las Entidades Locales (1a. Ed.). Madrid: La Ley.

V. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES -POSICION DEL AUTOR Y CONCLUSIONES-.

En éste capítulo, se abordarán con base en las apreciaciones y consideraciones plasmadas en los capítulos anteriores, algunas precisiones conceptuales sobre:

- a) Riesgo previsible,
- b) La licitud como requisito y pilar básico para el traslado de riesgos en contratación estatal,
- c) Políticas públicas que han establecido la distribución de riesgos en los contratos estatales y particularmente los de concesión de obra pública en el sector vial,

Aspectos con base en los cuales se realizará una propuesta de lo que debe ser una adecuada asignación del riesgo, de acuerdo a las limitaciones legales, planteando un análisis sobre las consecuencias jurídicas que se podrían derivar de una indebida distribución; para finalizar se abordara el análisis de algunas distribuciones de riesgos de las concesiones que se adjudicaron, en el periodo de estudio propuesto para la presente tesis.

1. ASPECTOS IMPORTANTES DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES. TIPIFICACIÓN, CUANTIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN.

Del análisis de los documentos, posiciones, sentencias, legislación y normas reglamentarias, podemos concluir que el tema no solo presenta una serie de aristas, si no que evidencia una falta de claridad en los conceptos; por lo anterior, a continuación pretendo precisar algunos parámetros básicos de lo que debe ser el riesgo previsible y su entendimiento.

Para precisar el alcance y objeto de la distribución de los riesgos previstos por el legislador como trasladables, debemos partir del concepto de riesgo previsible, el que es el único tipo de riesgo, del cual el legislador ha permitido su traslado en la contratación estatal.

En consecuencia, se propone conforme a la normatividad ya citada que la definición de riesgo previsible, enmarcada dentro de los postulados de la Ley 1150, y los Decretos reglamentarios 2474 de 2008, 734 y 1467 de 2012, podría ser la siguiente:

Riesgo Previsible: Es aquel riesgo, que puede o no presentarse, durante el desarrollo o ejecución de los contratos estatales, y que en caso de acaecer, tiene la posibilidad de afectar y alterar la ecuación contractual, surgida al momento de proponer o de contratar.

Desde el punto de sus elementos, solamente son riesgos previsibles aquellos, que puedan ser estimados, tipificados y asignados, conforme a la Ley 1150.

Para que el riesgo previsible, pueda ser asignado a una de las partes contratantes e incorporado en la ecuación contractual, deberá ser identificado y cuantificado en condiciones normales, en la correspondiente etapa precontractual, siguiendo las previsiones legales.

Por oposición a lo anterior, no es riesgo previsible, cualquier riesgo del cual no sea posible su identificación y cuantificación de manera previa a la contratación. Tampoco serán riesgos previsibles: Los incumplimientos de cualquiera de las partes, las circunstancias objeto de la "Teoría de Imprevisión", "Ius Variandi", actos de la entidad contratante, ni los "Hechos Del Príncipe".

De acuerdo a la anterior definición que se plantea, se hace necesario definir los pasos legalmente establecidos para la procedencia del traslado del riesgo previsible, y su incorporación a la ecuación contractual, así:

➤ Lo primero que hay que precisar, es que la distribución de los riesgos previsibles¹⁹⁹ en Contratación Estatal, se encuentra definida e incorporada en los estudios previos de los procesos de contratación. Por lo tanto, afectada y sujeta a todos los principios de la contratación estatal previstos en la ley 80 de 1993.

➤ Lo segundo que es necesario indicar, es que la Ley ha creado una carga adicional en cabeza de la administración pública, pues exige que dichos riesgos en cuanto a su "identificación", "tipificación", "estimación", "cuantificación" y "asignación", deben estar debidamente soportados, previendo adicionalmente, que dichos soportes se deben entregar a los proponentes, para que ellos puedan evaluar el valor del riesgo, e incorporarlo adecuadamente a su propuesta, previendo en el ejercicio de determinación de su oferta económica, el costo del acaecimiento de los eventuales riesgos que asume, en virtud del traslado realizado por la entidad estatal.

¹⁹⁹ COLOMBIA RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464), Actor: DOMINGO BARRAGAN URUEÑA, Demandado: FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES, Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA; SENTENCIA "El principio en cuestión implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico."

➤ Respecto de la carga que le crea el legislador al operador jurídico que asume la contratación en una entidad pública, es necesario señalar que la misma es de tal envergadura, que ni siquiera la existencia de políticas públicas en materia de contratación estatal -como son los documentos CONPES, que crean casi que un manual para el entendimiento del riesgo previsible-, eximen a la administración de adelantar los estudios multidisciplinarios requeridos para cada proceso licitatorio, con el fin de poder identificar, cuantificar y asignar el riesgo, actuación que ineludiblemente se encuentra sujeta y se debe ceñir al principio de planeación.²⁰⁰

²⁰⁰ IBIDEM cita No. 199. "Dentro del marco estricto de las normas propiamente referidas al contrato estatal, el principio fluye de manera significativa de los artículos 4 Nos 3 y 8; 25 Nos 6, 7, 12; 26 No 3; 28 de la Ley 80 de 1993, en donde se prevé la necesidad de un orden previo de los asuntos relativos al contrato en virtud de una profunda planeación de los negocios jurídicos del contrato. El punto culminante de esta secuencia de orden positivo se da con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, artículo 4, en donde de manera imperativa se obliga a todos los responsables de la contratación pública estatal y para todos los contratos públicos, analizar la contingencias a las que los mismos puedan estar sujetos, tipificarlas y distribuirlas a quien mejor las pueda soportar. Norma que hace que todos los contratos del Estado a partir de su entrada en vigencia se incorporen bajo el concepto de previsibilidad o de contingencias plenas como los denomina la doctrina. Debemos entender, no obstante la generalidad de la norma, todos aquellos por esencia sinalagmáticos y conmutativos, no así los de efectos estrictamente unilaterales, que como advertimos constituyen una clara excepción al concepto propuesto de contrato estatal. El riesgo en consecuencia se coloca en el centro de la actividad previsoras como determinante de la estructuración de los contratos estatales, en cuanto su identificación y asignación sobre bases de proporcionalidad reduce el excluyente mundo de la imprevisión, reducto de contingencias inexploradas haciendo previsible, luego materia de la relación negocial, lo que antes estaba en el ámbito de las tinieblas y sujeto a los avatares de criterios jurídicos fundados en consideraciones de imprevisibilidad. Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia darle un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: Identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto. Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de que parte del contrato tiene la mejor capacidad para sopórtalos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente. Con esta exigencia, se introduce al sistema de la contratación pública colombiana uno de los elementos más importantes desde el punto de vista de la planeación y consistente en reconducir la actividad de las autoridades con responsabilidades en materia contractual, al estudio en detalle de la relación jurídica que se aspira a construir, de manera tal que se visualicen todos las posibles consecuencias del mismo, no solo en la perspectiva de la administración, sino también y fundamentalmente del

Ahora bien, el legislador ha incluido una serie de obligaciones en cabeza de la administración, derivadas de los verbos rectores previstos en la norma. Disposiciones de las cuales, se derivan los pasos que debe seguir la administración, para poder considerar un riesgo como previsible o no. Estos, son los siguientes:

o Tipificación: La tipificación consiste en la identificación, de un riesgo como previsible o no, partiendo de la definición de riesgo previsible, ya planteada.

o Estimación: Es la parte más importante, en el ejercicio de distribución de riesgos previsibles, en cualquier proceso de contratación, y consiste en la valoración y cuantificación, que el acaecimiento del riesgo pueda generar sobre la ecuación económica del contrato.

Ahora bien, ¿Por qué cuantificarlo?, Porque así lo exige la norma, pues lo establece como un requisito esencial, para que el riesgo pueda ser incorporado en la ecuación económica del contrato, y sea posible y legal su traslado de manera efectiva.

La estimación debe incluir metodologías cualitativas y cuantitativas, y ser realizada por un equipo interdisciplinario, en todo caso, cada riesgo debe tener un valor final, que al determinarse, hace posible su incorporación a la ecuación económica del contrato.

o Asignación del Riesgo: Identificado y estimado el riesgo, el mismo se asigna, para la asignación del riesgo se deben en cuenta los siguientes principios:

futuro contratista, y ante este escenario, plenamente identificado, se adopte la decisión de mayor trascendencia para el futuro contrato, consistente, en que de manera discrecional y sobre todo fundamentada, esto es motivada, se distribuyan las cargas de responsabilidades que surjan de este análisis, de manera tal que hagan viable el negocio, respetando en todo caso los intereses estatales y el patrimonio público.”

- Se asigna a la parte que está en mejor posición y capacidad de soportarlo, manejarlo, gestionarlo, controlarlo, mitigarlo y administrarlo.
- Se puede transferir siempre y cuando el nivel de calidad de información y detalle sea suficiente, por ello es tan importante el ejercicio de estimación.
- Se debe tener en cuenta la capacidad del Contratista para soportar el riesgo.
- El riesgo debe estar plenamente delimitado.

La congruencia entre los pasos y el acatamiento de las anteriores consideraciones, de acuerdo al estricto marco normativo previsto por el legislador, con llevará el respeto de los derechos de las partes en el proceso de contratación y el cumplimiento de los requisitos y condiciones legales previstas en él.

2. LICITUD DE LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO PREVISIBLE

Un tema importante en la identificación y asignación del riesgo, lo constituyen las limitaciones legales previstas en nuestro ordenamiento jurídico, como requisito sine quanon para poder trasladar el riesgo.

Lo primero es el momento en el cual debe hacerse, para los efectos recapitularemos las normas pertinentes de nuestro Estatuto De Contratación Administrativa y sus Decretos Reglamentarios, así: La distribución de riesgos que propone la entidad hace parte de los estudios previos²⁰¹, los cuales

²⁰¹ IBIDEM cita No. 59. Artículo 2.1.1, en el mismo sentido lo disponía ya el artículo 3 del decreto 2474 de 2008.

deben ser entregados a los proponentes con su debido soporte, al momento de la publicación del proyecto de pliegos de condiciones o a la suscripción del contrato.²⁰² La distribución de riesgos planteada por la entidad, puede ser modificada hasta antes de del cierre de la licitación.²⁰³ Respecto de éste punto vale la pena hacer la salvedad frente al Decreto 1510 de 2013, el cual no es claro en el momento de la audiencia, que define la distribución definitiva de riesgos, pero siguiendo la sana crítica el mismo debe darse previo al cierre de la licitación.

Frente al tema de la licitud del riesgo, es importante determinar tal y como lo exige la Ley 1150 de 2007, el Decreto 2474 de 2008, el Decreto 734 de 2012²⁰⁴, y ahora el Decreto 1510 de 2013, los elementos característicos del riesgo para su traslado, y la forma como éste debe hacerse al Concesionario:

- a) Solamente se pueden identificar y trasladar los riesgos previsibles, es decir, el identificable y cuantificable por un profesional, en condiciones normales.²⁰⁵ Si no es previsible, no se traslada.

²⁰² IBIDEM cita No. 59. Artículo 2.1.1 paragrafo 2.

²⁰³ Tal y como lo disponen las normas que regulan la materia.

²⁰⁴ El cual no modifica en nada la distribución de riesgos planteada por el decreto 2474 de 2008.

²⁰⁵ IBIDEM CITA No. 111. Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia darle un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto. Identificada la contingencia o el riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración, en aras de la proporcionalidad, deberá entre otras cosas

b) Es requisito para que los mismos hagan parte de la distribución de riesgos, que estos sean "Identificados, estimados-cuantificados-, tipificados y asignados".

c) El único riesgo trasladable al concesionario será el previsible, que se encuentre en de su alea normal y que sea susceptible de lucro²⁰⁶, un riesgo previsible que no sea susceptible de lucro, no es trasladable.

d) La distribución de riesgos o lo que se ha denominado en los procesos licitatorios, como "MATRIZ DE RIESGOS", hace parte de los estudios previos y en consecuencia debe estar debidamente soportada, y ese soporte o esa estimación del riesgo previsible, así como su posible impacto, correctamente cuantificado, debe ser entregado al proponente, por exigencia legal, y requisito previo para que el mismo pueda integrar en su oferta económica, la asunción de ese eventual riesgo, que está asumiendo.

e) Cada riesgo que se pretenda incluir en la denominada matriz de riesgos, debe estar fundamentado, analizado, contar con estadísticas de impacto y ser debidamente cuantificado, este último requisito de cuantificación, es el que en mi perspectiva reviste mayor importancia, pues al ser esa distribución de riesgos parte de la ecuación económica del contrato, el entonces proponente y posteriormente concesionario, debe saber:

efectuar: la evaluación de qué parte del contrato tiene la mejor capacidad para soportarlo, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quién podría soportarlo mejor y asumirlo responsablemente."

²⁰⁶ IBIDEM CITA No. 66. Art. 16.

1. Hasta dónde va su responsabilidad. 2. Que costo le implicaría que debiera soportar el acaecimiento de un riesgo, y 3. Hasta donde debe soportar las consecuencias del acaecimiento de un riesgo; pues de lo contrario, ¿Qué sucedería si el riesgo asignado, implica un costo superior al valor del contrato o al valor previsto por la entidad en la matriz de riesgos?, ¿Hasta dónde debe asumir el costo de ese riesgo el concesionario?.

Lo anterior, adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta las definiciones jurídicas de los verbos rectores previstos en la Ley 1150 y sus Decretos Reglamentarios, las cuales ya fueron analizadas en un acápite anterior; e imponen a la administración la obligación de cuantificar y tipificar el riesgo como un mandamiento legal; lo cual es ratificado por el Decreto Reglamentario 2474 de 2008, cuando exige que el riesgo para ser previsible debe ser "tasable y cuantificable"; verbos rectores que valga la pena señalar fueron incluidos nuevamente en el Decreto 734 de 2012, pero curiosamente excluidos del Decreto 1510 de 2013.

Por lo anterior, esa falta de cuantificación implica que el traslado de ese riesgo sea ineficaz, pues constituye un ofrecimiento ilimitado²⁰⁷, cuya determinación queda a discrecionalidad de la Entidad, circunstancia expresamente prohibida por la Ley 80 de 1993.

²⁰⁷ IBIDEM CITA No. 177. "No se puede entender, pues ninguna estipulación contractual, por claro que sea su significado literal, en el sentido que es fuente ad infinitum a cargo de una de las partes y en beneficio de la otra, sin que esta, por su parte, retribuya a ella, la mayor onerosidad, causada por la mayor carga"

Aunado a lo anterior, es preciso recordar que al no cumplir con los requisitos de planeación exigidos por el legislador, dicha asignación también, devendría en ilegal.

- f) No se permite el traslado de riesgos irresistibles, irresistibles, ni de riesgos que impliquen la renuncia a las causales de desequilibrio económico (Potestas variandi, teoría de la imprevisión, hecho del príncipe²⁰⁸)

Lo anterior implica, que la institución de los riesgos y su distribución, no busca ni pretende socavar la figura del equilibrio económico del contrato, si no por el contrario, es un desarrollo del principio de planeación, el cual genera una mayor responsabilidad en cabeza de la Administración Pública, al obligarla a estudiar y justificar los riesgos previsibles que pretenda trasladar al concesionario.

Este entendimiento, aún cuando armónico y congruente con nuestro ordenamiento jurídico, riñe de forma tajante, con la realidad que han evidenciado nuestros procesos licitatorios, pues la distribución de riesgos ha sido entendida como una exención total de responsabilidad de la administración, incluyendo y trasladando riesgos de manera ilimitada, discrecional y en muchos casos arbitraria; actuaciones realizadas por parte de la administración con pleno desconocimiento de los requisitos legales que implica esta institución, y en especial, con ignorancia absoluta del deber de cuantificación que legalmente les asiste, así como de la obligación de entregar los soportes de las denominadas matrices de riesgos, a los proponentes en el proceso licitatorio.

²⁰⁸ IBIDEM CITA No. 19. Página 63. "toda intervención de los poderes públicos, es decir de cualquier órgano del Estado, que afecte de cualquier forma, ya sea de manera directa o indirecta, la ejecución del contrato"

Este comportamiento, contrario a las obligaciones legales de la administración pública, implicará futuras condenas y responsabilidades del Estado, pues al trasladar riesgos: Sin fundamento, soporte, análisis, estadísticas, sin suministrar la información al proponente y sin limitación alguna, solamente están afectando sus mismas distribuciones de riesgos previsibles, de ineficacia o nulidad según sea el caso, basta recordar, que así lo confeso en el Conpes 3714, el Gobierno Nacional.

3. DEFINICIÓN DE ALGUNOS RIESGOS COMO PREVISIBLES, LIMITACIONES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DE SU TRASLADO.

De manera adicional a cumplir con los criterios de identificación, estimación, cuantificación y asignación, descritos como requerimientos legales para el traslado del riesgo previsible, los operadores también deben tener en cuenta, las limitaciones de orden legal, que frente a la asignación del riesgo previsible se establecen en el texto mismo de la Ley 80 de 1993. Limitaciones, que ya fueron explicadas en el acápite anterior, y las cuales serán esgrimidas de manera puntual frente a cada riesgo, en el presente acápite.

Al identificar su licitud, es necesario estudiar los riesgos vinculados a la contratación, para lo cual tomaremos como punto de partida la distribución y clasificación realizada mediante documentos CONPES, los cuales como se explicó, deberían seguir todas las entidades públicas en sus pliegos de condiciones, a menos que dicha política fuera ilegal y desconociera normas de derecho público, caso en el cual con el fundamento jurídico pertinente, la entidad podría apartarse. .

Ahora bien, a continuación revisaré conforme a lo señalado, los riesgos que se listan en los documentos CONPES, como previsibles, partiendo de algunos criterios básicos en general aplicables a todos ellos, los cuales son:

➤ Solamente serán trasladables al concesionario, los riesgos acá señalados, cuando la causa que da lugar al riesgo, sea previsible, cuantificable²⁰⁹ e identificable o si se quiere, consecuencia del actuar del concesionario.

➤ NO pueden trasladarse, las causas que dan lugar al acaecimiento del riesgo, pues si ella es imputable a la administración, a la imprevisión, al hecho del príncipe, o al ius variandi, etc., independientemente que el riesgo esté en cabeza del concesionario, el mismo se tendrá como no trasladado.

➤ Deben seguir y respetar los supuestos previstos en la Ley 80 de 1993, para el restablecimiento del equilibrio económico²¹⁰ del contrato, pues la renuncia a éste derecho y su traslado vía riesgo previsible, se encuentra prohibido.

²⁰⁹ MIER BARROS Patricia. Revista de Ingenieria Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Rev.ing ISSN 0121-4993. Julio - Diciembre de 2010, pág. 97. "En lo que si puso empeño el legislador, en materia contractual pública, fue en calificar y tipificar el tipo de riesgo trasladable al contratista estatal, partiendo siempre de la categoría jurídica conmutativa del contrato estatal, al excluir la aleatoriedad incuantificable y al establecer el marco normativo preciso y los límites que deben gobernar la asignación de riesgos de la contratación pública".

²¹⁰ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 892 del 22 de agosto de 2001. M. P.: Rodrigo Escobar Gil. "Siguiendo las pautas que sobre la materia han establecido la jurisprudencia y la doctrina juspublicista, puede sostenerse que el tema de la responsabilidad contractual reviste gran importancia en el campo del derecho administrativo, en cuanto comporta aquella garantía jurídica reconocida a los particulares que celebran contratos con la administración, dirigida a mantener la correspondencia económica de la relación contractual y la integridad y licitud de su patrimonio, frente a las lesiones o daños antijurídicos que puedan padecer por efecto del incumplimiento de las obligaciones contractuales de parte de la Administración Pública (...) En este sentido, no se consagra en el artículo 90 de la Carta un criterio restringido de responsabilidad, circunscrito tan solo al campo extracontractual, pues de lo que se encarga su texto es de fijar el fundamento de principio en el que confluyen todos los regímenes tradicionales de responsabilidad estatal -contractual, precontractual y extracontractual"

➤ No puede confundirse el traslado del riesgo, con el traslado ilimitado e indiscriminado de las posibles causas que pueden dar lugar a su acaecimiento. Por ejemplo, si como consecuencia del ejercicio del "ius variandi"²¹¹, se genera alguno de éstos riesgos previsibles, trasladados al Concesionario; no legalmente al concesionario, no podrá la administración excusarse de su obligación de proceder al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, con el argumento que el riesgo fue asumido por el contratista, pues la causa que dio origen a su acaecimiento, claramente no encuadra dentro de la definición de riesgo previsible.

De acuerdo a lo anterior, procederé partiendo de dichos criterios a analizar la distribución de riesgos previsibles planteada en los documentos CONPES:

- Riesgo de construcción: Como se explicó, dentro de de éste riesgo se incluyen varios supuestos, los cuales analizaré de manera separada. Generalmente ha sido señalado por los CONPES y la jurisprudencia, que éste riesgo debe estar en cabeza del concesionario²¹², no obstante lo anterior, dicha asignación, si bien es regla general, no puede ser absoluta, pues de los supuestos incluidos como propios de la construcción, se debe dar un análisis superior, y establecer condicionamientos y criterios adicionales a los previstos en los CONPES, para que su traslado sea legal y efectivo al concesionario, como se verá a continuación:

²¹¹ GONZÁLEZ LÓPEZ Edgar. El pliego de condiciones en la contratación estatal.. Serie de Derecho Administrativo No. 10. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición Junio de 2010. Pág. 199.

²¹² COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL. World Parking S.A. v. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU Agosto 25 de 2000. "el concesionario debe asumir alguna parte los riesgos implícitos en la concesión de obras públicas y no necesariamente la totalidad de ellos y que, en todo caso, dentro de los que debe asumir se hallan comprendidos los riesgos propios de la construcción de la obra."

o Mayores cantidades de obra. Solamente, podría incluirse como trasladable, si la totalidad de los diseños y estudios es elaborada por el concesionario. En tal caso, el valor total del contrato se determinará una vez estos diseños sean elaborados y aprobados, debiendo procederse en la licitación a la presentación de unos precios unitarios, cuya sumatoria conforme a los diseños generará el valor global del contrato de concesión. Si el contrato se hace a precios unitarios, no habrá mayores cantidades de obra, pues ellas son estimadas y el valor final del contrato resultará de multiplicar las cantidades ejecutadas por los precios unitarios pactados.

Es usual que en algunos contratos se cuente con diseños "Fase III", que permitan determinar las cantidades de obra finales estimadas, no obstante lo anterior, usualmente se incluye en éste tipo de contratos, una etapa de revisión y apropiación de diseños²¹³, para efectos que el constructor, asuma responsabilidad frente a los mismos, como experto en la materia²¹⁴. Ésta etapa debe indicar, si el constructor asume o no como propios los diseños y en caso que no, deberá desde su oferta presentar su costo; por otra parte en caso que la administración pretenda incluir ésta etapa, deberá solicitar en los pliegos de condiciones experiencia en diseño de vías.

²¹³ VALLEJO Felipe, "Responsabilidad Profesional en obras de construcción" en Revista Derecho del Estado, No. 20, diciembre de 2007. Pág. 116. "Una obligación semejante impuesta al constructor es extraña a su tarea, porque el no es especialista en diseños y ésta es una labor propia del interventor de estudios y diseños".

²¹⁴ IBIDEM, Cita No. 213. Pág. 107 "Pero en ocasiones el constructor es llamado a verificar y completar los diseños, e incluso a adoptarlos como suyos. Entonces, el dueño le traslada verdaderas obligaciones profesionales tocantes con la concepción misma del proyecto cuya ejecución le ha confiado. Cuando esta situación no obedece a un verdadero contrato de diseño -construcción, suele quedar mal definida su tarea y confundidas sus obligaciones con las de otros profesionales que intervienen en el proyecto."

o Aumento del plazo, variación precios unitarios, Mayor Permanencia en obra, Stand By de maquinaria: Respecto del riesgo de "Aumento del plazo", se ha entendido éste como el riesgo consistente en ejecutar un contrato en tiempos y plazos distintos a los previstos al momento de ofertar, lo cual conlleva una mayor permanencia en obra, por lo cual, se considera que éste riesgo, que es visto como separado, en realidad resulta ser el mismo, visto bajo otra perspectiva resultaría ser consecuencial, por lo cual estaría subsumido dentro del primero de ellos.

El nuevo CONPES 3714, lo incluye dentro de los riesgos operacionales del contrato, lo cual, si bien puede ser apto para los contratos estatales de obra pública u otro tipo de contratos, en el caso de la concesión podría conllevar una confusión con la etapa de operación del proyecto y con la distribución de riesgos planteada en los CONPES 3107 y 3133. Etapa de la cual carecen los demás contratos estatales, por lo cual, mantendré el riesgo, en éste escenario y clasificación.

Respecto de la variación de precios unitarios, el nuevo CONPES 3714, lo incluye en los riesgos económicos, como la variación o fluctuación o especulación en el costo de las materias primas, sin embargo, por ser todas ellas, riesgos que pueden darse en la ejecución del contrato en su etapa de construcción, las mantendremos acá. Se determina su traslado al concesionario siempre y cuando cuente con la información suficiente, no obstante no podrá hacerse el traslado del riesgo, por cambio imprevisible de las condiciones macroeconómicas.

o Riesgo Geológico: Solo es trasladable en la medida que exista un estudio previo que determine claramente las actividades y obras que se requieren, su costo y diseño, se recuerda que el riesgo no es

ilimitado, debe ser cuantificable²¹⁵ e identificable.

Es sobreentendido que el concesionario responderá por la calidad de las obras, pero si el estudio no es acertado o no corresponde, o las obras realizadas ceden o no cumplen su función, y se determina que la razón, no fue imputable a la calidad de los materiales u obras ejecutadas, si no a la solución adoptada, como consecuencia del diseño, y este no fue realizado por el concesionario, este riesgo no puede ser trasladado.

En mi opinión, y teniendo en cuenta que en los capítulos anteriores, ya se expreso de manera puntual las observaciones frente a éste riesgo tal y como está configurado, se harán unas consideraciones específicas:

1. El riesgo está mal clasificado es un riesgo de la naturaleza, y por tanto debería estar allí, se confunde la causa del riesgo con sus consecuencias en la construcción.
2. Su traslado desconoce, el artículo 16 del Decreto 423 de 2001, y los principios establecidos en los documentos OCNPES, como condición de traslado.
3. El problema práctico al trasladar el riesgo geológico, implica como se ha dicho la disponibilidad y existencia de información, la cual debe estar en poder de la entidad pública.²¹⁶ Sin

²¹⁵ Una parte de la doctrina, y algunos fallos arbitrales y judiciales, debe ser limitado o estar en cabeza de la entidad estatal, pues tal como se verá más adelante, el impacto que éste riesgo puede revestir en el valor total del contrato es bastante significativo, y en muchas ocasiones puede ser incuantificable.

²¹⁶ URUETA ROJAS Juan Manuel, El Contrato de Concesión de Obras Públicas Project Finance y Partenariado Público - Privado. Segunda Edición. Grupo editorial Ibañez. Bogotá D.C. 2010. Pág. 224. "El hecho que al momento de realizar una

información confiable, el proponente no podrá tener en cuenta esto en su propuesta al momento de elaborarla.

4. Si la entidad pública no entrega la matriz de riesgos y sus soportes, hace inocua la disposición contractual, que permita el traslado de éste y otros riesgos.

5. El traslado al concesionario, es posible, legal y viable, siempre y cuando se cuente con la información suficiente²¹⁷, la cual debe ser puesta en conocimiento del concesionario, para que éste la pueda en cuenta al momento de elaborar su propuesta.

6. Finalmente y como se indicará, el traslado de éste riesgo, no podría ser ilimitado²¹⁸, estando sujeto a la información suministrada por la entidad, pues de lo contrario se trasgrediría la esencia misma del concepto de riesgo previsible²¹⁹.

o Estudios y Diseños: Es trasladable, en la medida que estos sean elaborados por el concesionario.

licitación para la concesión de una obra pública, el Estado no sea capaz de brindar datos geológicos suficientes para determinar el valor real del proyecto, debería condicionar el equilibrio económico del contrato, no por la presencia del riesgo sino simplemente por la ausencia de información trascendental para determinar el valor real de la obra”.

²¹⁷ Ibídem 81. Pág. 224-225.

²¹⁸ Esta misma posición fue reconocida por la Doctora Susana Montes en el Laudo Arbitral de Concay S.A. Vs. Departamento de Cundinamarca.

²¹⁹ Respecto de éste punto basta ver algunas de nuestras vías concesionadas, en donde la obligación del concesionario se limita a mitigar, disminuir, controlar y convivir con la falla o inestabilidad, mediante el uso de materiales flexibles que se muevan al ritmo que se mueve el terreno, al respecto hay soluciones en adoquines, arborización, muros de contención, caissons, etc.

En los contratos que poseen etapa de apropiación de diseños²²⁰, el Concesionario podrá determinar si los acepta, los ajusta o realiza unos nuevos, caso en el cual, no solamente debe estar dentro del objeto del contrato "el diseño", si no que las objeciones técnicas deben revestir tal magnitud que implique, la necesidad de adelantar unos nuevos; en éste punto es inevitable la existencia de un margen de discrecionalidad de la entidad estatal, margen que la hará responsable en el caso de mantener los diseños o de contratar unos diseños que ya fueron realizados. Al respecto, es necesario recordar que pese a incluir esta etapa dentro del contrato, la administración pública no podrá, eximirse de la responsabilidad que legalmente le corresponde por la entrega de información, estudios y diseños, dentro del proceso licitatorio, por lo cual cualquier cláusula en éste sentido resultaría ineficaz.²²¹

Consecuencia de unos diseños incompletos, confusos o poco claros, pueden generarse las siguientes circunstancias, que afecten el desarrollo del proyecto: Aumento de cantidades de obra, deficiencias en los estudios de suelos y condiciones topográficas, demolición de partes de la obra, parálisis y suspensión del contrato por ajustes que deban hacerse al diseño, deficiencia en la información y obras requeridas para mitigar o controlar el riesgo geológico, etc.

²²⁰ IBIDEM cita No. 213. Pág. 116. "Sucedee que el dueño entrega al constructor diseños incompletos preparados por un diseñador original y dentro del objeto del contrato de obra éste queda obligado a revisar, verificar y completar los diseños recibidos. Esto significa que el contratista se convierte en co-diseñador, y que su tarea no se limita a la de simple ejecutor de diseños preparados por otro profesional, sino que responde al contratante en su doble calidad de diseñador y constructor"

²²¹ Laudo de fecha 2 de septiembre de 1992, Impregilo S.P.A. y Estruco S.A. contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Árbitros: Susana Montes de Echeverri, Alberto Preciado Peña y Jorge Rueda Saenz. "Por ello, el alcance de cláusulas como las que se comentan, ha de interpretarse en el sentido de que sólo puede involucrar una manifestación respecto de aquello que resulte ~~razonablemente~~ razonablemente previsible" En: "UNA APROXIMACIÓN A LA VISIÓN DE LA CORRECCIÓN DEL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL" Fernando Silva García. REVIST@ e - Mercatoria Volumen 6, Número 2 (2007)

Por lo anterior, si bien, el concesionario posteriormente podrá revisar, ajustar, desarrollar, completar o rehacer los diseños, según el caso, en lo que tiene que ver con la propuesta y el valor final del contrato, el mismo solamente será determinado de manera posterior, cuando la etapa de diseño o de apropiación de éstos se haya surtido y aprobado por las partes.²²²

- Riesgo de Operación: Básicamente se refiere a mayores costos que se den en la etapa de operación del proyecto, costos que se encuentran asociados a diferentes causas, como: Mayores costos de mantenimiento; mayores costos de operación, aumento del precio de los insumos, interrupciones de la operación, etc.

²²² TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO, CONSORCIO CICON - KMA CONTRA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E. S. P. LAUDO ARBITRAL. Bogotá D.C., enero treinta (30) de dos mil ocho (2008). JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ, SAUL FLOREZ ENCISO y GERMAN ALONSO GOMEZ BURGOS. La entidad puede imponer al contratista obligaciones acerca del estudio y revisión de los diseños y planos o incluso trasladar mayores riesgos al contratista, pero en este caso, en el pliego de condiciones debe quedar diáfana la distribución de esos riesgos, de manera que los interesados tengan claridad acerca del alcance del proyecto y de las responsabilidades que les compete. Sobre este particular, el Tribunal de Arbitramento que dirimió las diferencias surgidas entre la Secretaría de Obras Públicas e Instituto de Desarrollo Urbano - IDU vs la Sociedad Ingenieros Civiles Asociados S.A. de C.V., e ICA, señaló: "...es responsabilidad de cualquier entidad estatal contratante minimizar los riesgos de la contratación, y que ello se logra principalmente mediante la elaboración de todos los estudios y diseños requeridos, y la expedición de pliegos de condiciones y la celebración de contratos que contengan normas claras y precisas. Sin embargo, considera que de lo anterior no se desprende que a las entidades estatales les esté siempre vedado trasladar algunos riesgos importantes a su contratista, o que ella en todos los casos esté obligada a conocer o a comunicar al contratista todos y cada uno de los detalles técnicos de la obra que pretende realizar. "...el Tribunal es de la opinión que, en principio, es ajustado a derecho y no viola los principios de la buena fe y la equidad contractual, un contrato en el cual la entidad contratante traslada al contratista ciertos y determinados riesgos, siempre y cuando, se repite, la entidad así lo informe al contratista, **y se le compensen a este los riesgos que se le pide que asuma.** En ese sentido, un contrato de esas características sería simplemente un convenio en el que el alea comercial normal sería mayor, y en el que, en consecuencia, las contraprestaciones tendrían también que ser mayores; y en tales condiciones, esos riesgos no corresponderían a un alea anormal, sino a un alea calculado, y debidamente compensada."

El concesionario lo asume en cuanto a las causas que de una u otra manera le sean imputables, o estén dentro de su alea normal, su traslado es posible siempre y cuando las proyecciones hayan sido realizadas por éste y con base en sus estudios; si la información ha sido suministrada por la entidad y esta es errada, es causal de desequilibrio. Si la causa que genera esos mayores costos es irresistible, constituye un acto de autoridad o una causal de las analizadas para la procedencia del desequilibrio económico, el riesgo sería intrasladable.

Este riesgo, usualmente lo asume el concesionario, pues la gestión del control de costos operativos, mantenimiento, reposición de equipos y las cantidades de obra asociadas al mantenimiento, están exclusivamente a su cargo y por ende, éste las debe prever en su estructura de costos al momento de licitar, la asignación de éste como todos los riesgos previsibles, se ajustará a las normas legales y por tanto no será ilimitada²²³.

- Riesgo Comercial: Consiste en el riesgo que está vinculado a los ingresos operativos proyectados, y que pudieran derivar en una disminución de los ingresos esperados o proyectados inicialmente, incluye los elementos de riesgo de demanda²²⁴ y riesgo de cartera²²⁵.

²²³ Laudo proferido el 18 de diciembre de 2000, dentro del proceso arbitral de Prosantana contra Bogotá D.C. Árbitros Saul Sotomonte Sotomonte, Juan Carlos Henao Pérez y Daniel Suárez Hernández "(...)El concesionario debe ejercer dichas obligaciones siguiendo las directrices de la entidad contratante y en el caso presente debía hacerlo además, ciñéndose a los diseños y al manual de operación establecidos por la entidad contratante y bajo la vigilancia de una interventoría cuyo papel consistía precisamente en garantizar el cumplimiento de esta obligación. De lo anterior resulta con claridad que, en dichas circunstancias, sería contrario a la lógica imponerle al concesionario, sin distinción de ningún tipo, la asunción de todos los riesgos derivados de la operación(...)".

²²⁴ Entendido éste como el riesgo referido cambios de hábitos de Consumo, disminución del tráfico esperado, negativas a las tarifas.

²²⁵ URUETA ROJAS Juan Manuel, El Contrato de Concesión de Obras Públicas Project Finance y Partenariado Público - Privado. Segunda Edición. Grupo editorial

La jurisprudencia arbitral ha entendido este riesgo en los siguientes términos "Este riesgo se asocia a fluctuaciones en las variables que afectan las proyecciones de ingresos y en su efecto sobre la rentabilidad del negocio, esto es, de una parte el tráfico y de otra, las tarifas."²²⁶.

Es posible su traslado, al concesionario, en virtud de lo previsto en el artículo 32 No. 4 al referirse al "riesgo y ventura"²²⁷. Quien debe suministrar el estudio de tráfico es el concesionario, en caso que el estudio de tráfico sea entregado por la entidad, no puede exonerarse de responsabilidad y trasladar la responsabilidad al concesionario, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993. El Riesgo de tráfico o de los niveles de demanda²²⁸, de la concesión por obra pública en proyectos de infraestructura vial, conlleva la principal causal de desequilibrio económico del contrato de concesión, y tiene repercusión directa sobre los tasa de interna de retorno proyectada y sobre el modelo financiero.

Ibañez. Bogotá D.C. 2010. Pág. 220. "Riesgo de Cartera: Se origina en la imposibilidad del cobro de tarifas o tasas, es llamado riesgo de cartera y surge debido a factores de mercado o a causa de la evasión"

²²⁶ COLOMBIA LAUDO ARBITRAL, Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías, Agosto 24 de 2001, Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil uno (2001).

²²⁷ TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO MUNICIPIO DE NEIVA CONTRA DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA "DISELECSA LTDA" E INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A." UNIÓN TEMPORAL "DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A." LAUDO ARBITRAL Bogotá D.C., catorce (14) de Agosto de dos mil siete (2007). WILLIAM NAMÉN VARGAS, JOSÉ JOAQUÍN BERNAL ARDILA, LUIS FERNANDO VILLEGAS. "La expresión *"por cuenta y riesgo del concesionario"*, no implica la asunción general e ilimitada de todos los riesgos de la contratación. A este respecto, los riesgos constitutivos de la *esencia* o definición de la concesión, están referidos a la empresa, negocio, actividad, gestión o explotación empresarial y comercial del concesionario y a lo expresamente pactado."

²²⁸ LÓPEZ CORRAL Antonio M. y SANCHÉZ SOLIÑO Antonio, Análisis Económico de la reforma del sistema concesional de obras públicas en Revista de obras públicas, Extraordinario Octubre de 2002. No. 3.425. Páginas 49.

El riesgo de demanda, involucra factores que se encuentran bajo el control del concesionario y factores que no se encuentran bajo su control, vale la pena recordar que en las concesiones de primera generación, se establecía una garantía mínima de tráfico del concesionario, por medio de la cual el estado garantizaba unos ingresos mínimos al concesionario, sin importar si la vía concesionada presentaba un tráfico inferior al mínimo previsto.

No obstante lo anterior, debido a las múltiples críticas que recibió éste mecanismo contractual; resulta conveniente considerar, partiendo de los supuestos que en los estudios previos deben realizarse las proyecciones de la demanda futura del proyecto vial, si debería existir un porcentaje o nivel de riesgo, que retuviera la administración, estableciendo un porcentaje que juegue hacia arriba y hacia abajo sobre el nivel de demanda previsto, porcentaje por fuera del cual deberá reconocer el nivel de tráfico mínimo a la concesión o constituir un mayor ingreso al previsto y en consecuencia una disminución del plazo, para la recuperación de la inversión.

El límite legal a éste riesgo, lo constituye el retorno de la inversión privada involucrada dentro del proyecto de infraestructura²²⁹, pues de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de la administración pública y una consecuencia ruptura de las cargas y obligaciones públicas previstas en nuestro texto Constitucional.

²²⁹ MIER BARROS Patricia. Revista de Ingenieria Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Rev.ing ISSN 0121-4993. Julio - Diciembre de 2010, pág. 97 "Es lícito garantizar el retorno de la inversión privada destinada a la construcción de proyectos de infraestructura pública; que concebir mecanismos o instrumentos contractuales, que permitan asegurar o mejor, preservar el capital privado en condiciones adecuadas de rentabilidad, en nada atenta contra el ordenamiento jurídico o la seguridad patrimonial del Estado. (...) De ésta forma lo que si resulta ilícito y violenta el ordenamiento constitucional es el desconocimiento del retorno adecuado de la inversión privada que fue invertida"

Es interesante, revisar el punto de entrega de los soportes de la estimación y tipificación del riesgo, pues necesariamente al trasladar éste riesgo como de los previsibles al concesionario, implicará entregar parte del modelo financiero de la estructuración de la concesión, lo cual no se realiza en los proyectos de concesión pro expresada autorización legal; pues en éste unto coexisten 2 derechos el primero de administración de no revelar su modelo financiero, y el segundo del concesionario que tiene derecho a recibir los soportes de la tipificación, cuantificación y asignación del riesgo, para incluirlo en su oferta económica.

- Riesgo de Financiación: En cabeza del concesionario. Es esencialmente trasladable, y constituye básicamente como se explicaba en el capítulo primero de éste documento, el objeto primordial y primigenio de la concesión, el cual es financiar obras públicas con recursos privados, o dicho en otras palabras, atraer recursos privados al desarrollo y construcción de obras públicas, utilizando la concesión como mecanismo de retorno y pago de la inversión realizada.

Este riesgo implica dos elementos esenciales, el primero es la consecución de la financiación y la obtención del cierre financiero del proyecto, y el segundo es lo que tiene que ver con las condiciones financieras que pueden afectar el proyecto, tales como moneda, tasas y plazos.

La jurisprudencia Arbitral ha entendido este riesgo en los siguientes términos: "El riesgo financiero se asocia a fluctuaciones en las variables de tasa de interés, (costo y volatilidad), plazo, estructura de capital y tasa de cambio, y su efecto sobre la rentabilidad de un negocio."²³⁰, puede conllevar

²³⁰ IBIDEM Cita No. 226.

también fenómenos tales como liquidez y en general el cambio de las condiciones financieras. El nuevo documento CONPES 3714, indica que se transfiere de acuerdo a la información suministrada o disponible, a la parte que éste en mejores condiciones de soportarlo, en éste caso se varía la política de riesgos del Estado en materia de concesiones, pues antes se trasladaba al Concesionario. No obstante lo anterior, igual que cualquier riesgo previsible no puede ser ilimitado y debe estar cuantificado, para que haga parte de la ecuación económica del contrato.

En mi concepto este riesgo es trasladable. Sin embargo, siguiendo la línea de argumentación planteada, no podrá imputarse al concesionario la ocurrencia del riesgo, por no alcanzar el cierre financiero de la concesión, por hechos no imputables al concesionario y derivados de hechos y omisiones de la entidad concedente.

Por ejemplo, en el caso que se tuviera proyectado, como parte del modelo financiero del concesionario, financiar la concesión con la expedición de bonos, conforme a lo cual, la firma encargada de su emisión, solicita determinada información a la entidad pública concedente, con el fin de evaluar su capacidad de pago, y en consecuencia calificarla como requisito fundamental y previo de la emisión. No obstante lo cual, la entidad nunca entrega la información requerida y por ello el concesionario no obtiene el cierre financiero; o debe acudir a una figura alternativa que hace más onerosa la financiación. En éste caso, como se observa ocurre el riesgo de financiación, sin embargo las consecuencias negativas de su ocurrencia no deben ni pueden ser asumidas por el concesionario, pese a que él tuviese a su cargo el riesgo, pues la ocurrencia del mismo se deriva de la omisión de entrega de información, por parte de la entidad pública concedente; este es un caso típico de un ejemplo en el cual pese a que el riesgo esté en cabeza del concesionario, deben revisarse y analizarse

detenidamente las causas que dan lugar a la ocurrencia del mismo.

- Riesgo Cambiario o de liquidez cambiaria: En mi criterio, hace parte del riesgo de financiación y no debe tratarse de manera separada, sin embargo, atendiendo la clasificación realizada en los documentos CONPES, se mantendrá la diferenciación planteada.

El riesgo cambiario, hace referencia a la tasa de cambio, y es un elemento que impacta el proyecto, bajo varios supuestos, para los efectos citare los dos más relevantes, el primero consiste en que una de las fuentes de financiación del proyecto se encuentre en una moneda extranjera, es decir el proyecto reportará sus ingresos en pesos y la deuda financiera es en una divisa diferente. En éste caso se pueden presentar fluctuaciones o volatilidad en su tasa de cambio. El segundo, es el representado en el valor de las inversiones que deba realizar en equipos, insumos, etc., cuya moneda de compra sea una divisa diferente al peso, caso en el cual será igualmente posible su traslado.

El traslado del riesgo no es absoluto, y debe estar limitado por la cuantificación que del impacto se haga en los estudios previos del proyecto, en todo caso en materia de concesiones, las entidades públicas están facultadas, para otorgar un soporte de liquidez para el servicio de la deuda en moneda extranjera, sin embargo no contempla ese soporte de servicio a la deuda como una garantía comercial, pues contabiliza esos recursos como remuneración del inversionista.

Frente a éste riesgo, el nuevo CONPES 3714, lo incluye dentro del riesgo financiero, y acá valdría la pena preguntarse si el cambio de concepción entre uno y otro CONPES (Ver 3107 y 3133) redundaría en un cambio de políticas públicas, para la distribución

de riesgos, pues mientras el documento anterior (CONPES 3133) establecía a quien le correspondía asumir el riesgo, éste nuevo documento CONPES (3714), establece una recomendación, al utilizar verbos rectores como "generalmente", "usualmente", los cuales en todo caso condiciona a la cantidad y calidad de información con la que se cuente.

- Riesgos Regulatorios: El riesgo regulatorio, básicamente consiste en el cambio de las condiciones jurídicas durante la ejecución del contrato, para el caso de la presente tesis, durante la ejecución de los proyectos de infraestructura.

Este cambio puede consistir, en la modificación de las condiciones legales o reglamentarias, las cuales pueden afectar la ejecución del contrato.

El riesgo regulatorio de más alto impacto es el tributario, que implica la creación de nuevos tributos o el cambio de tarifas de los existentes, pues sus consecuencia, llevan al concesionario a asumir cargas adicionales, no presupuestadas al momento de contratar o proponer, las cuales pueden ser de un impacto tal, que afecten la viabilidad del proyecto

El Estado, mediante sus documento CONPES, siempre ha considerado que éste riesgo es esencialmente trasladable al CONTRATISTA, y que es su obligación asumirlo. Sin embargo, considero que ésta posición no es coherente, legal ni acertada, y que el traslado del riesgo regulatorio al Concesionario, es de plano ilegal y contraria a los principios básicos de asignación de riesgos consagrados en las diferentes políticas públicas.²³¹

²³¹ LAUDO ARBITRAL TRIBUNAL DE ARBITRAJE CONCRETO S.A., SOLETANCHE BACHY CIMAS S.A. y CREUSEMENT ET SOUTÈNEMENT MÉCANISÉ BESSAC, SUCURSAL COLOMBIA contra EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil once (2011). "se plantea una política de distribución de los mismos fundamentada en unos principios": i) Contar con información confiable para reducir la percepción de los riesgos; ii) Identificar y asignar de

Ahora bien, ¿Porque su traslado, contraría los principios de las políticas públicas en materia de riesgos? Como se expuso en éste documento, los documentos CONPES establecen que el riesgo debe ser trasladado a la parte que esté en mejor posición de gestionarlo, mitigarlo, administrarlo y controlarlo²³²; en éste caso, al imponerse un impuesto al concesionario en desarrollo del contrato, ¿Que puede hacer el concesionario?, lo único que puede hacer es proceder al pago de dicho impuesto, con el fin de no generar mora ni sanciones tributarias, que harían más gravosa su situación.

Un nuevo impuesto o una modificación en la tarifa de uno existente, dependiendo de su magnitud afectará en mayor o menor escala la estructura de costos del concesionario. Lo anterior, encuentra concordancia con lo que debe hacer el proponente al momento de presentar su oferta, pues es usual que en contratos de largo plazo cuyos periodos de tiempo son superiores, el proponente al momento de elaborar su ofrecimiento, realice una planeación tributaria del negocio en el tiempo, planeación que se hace con base en los tributos y tarifas existentes al momento de contratar, por lo cual la creación de un nuevo tributo rompe de plano el alcance de su propuesta, y varía su estructura de costos y el ejercicio de planeación tributaria realizado al momento de elaborar la oferta.

forma clara los riesgos a las partes en los contratos; iii) Asignar los riesgos de manera que se minimice el costo de su mitigación; y iv) Asignar cada riesgo a la parte que mejor lo pueda controlar.”

²³² IBIDEM Cita No. 64. Pág.28. “La asignación es el proceso de distribuir los riesgos de acuerdo con la capacidad de cada una de las partes para gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo.”

Es importante atender aquí, al concepto de control del riesgo, el cual implica que efectivamente al individuo que se le asigna el riesgo, pueda realizar comportamientos que lleven a mitigar o evitar el riesgo o por lo menos disminuir su impacto, lo cual en el aspecto tributario o regulatorio es imposible, pues escapa a al orbita de control propia del privado, enmarcándose claramente en la órbita de lo público.²³³

Pero adicionalmente se establece otra condición que es "por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación."²³⁴, y bueno acá surge la pregunta obligada ¿Con que mecanismos cuenta el privado, para protegerse, mitigar o diversificar el riesgo tributario?, la verdad es que con ninguno; salvo que el impuesto resulte ser descontable, podrá de alguna manera dispersar dentro de su estructura de costos el impacto, pero ¿Qué pasa si no lo es, si no es posible su descuento total?.

²³³ LAUDO ARBITRAL. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO GASES DE OCCIDENTE S.A. ESP Vs. LA NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Bogotá, D.C., Febrero 10 de 2012. ARBITROS. ANTONIO PABON SANTANDER, MARIA TERESA PALACIO JARAMILLO Y SUSANA MONTES DE ECHEVERRI. "Es bien sabido que no es posible para un proponente al estructurar sus precios en una licitación o invitación pública, prever cuándo el legislador va a introducir modificaciones (imprevisibilidad de las modificaciones futuras) en el sistema tributario del país ni en qué monto ello puede ocurrir, para efectuar un cálculo del monto de dichas modificaciones tributarias y así introducir en sus precios unitarios (o en el valor de la tarifa en casos como el aquí analizado) alguna base de protección. Siempre será un trabajo adivinatorio inútil e inconveniente para ambas partes, pues si no se produce la variación de las reglas tributarias, el Estado deberá pagar un precio más alto del real o estará autorizando una tarifa innecesariamente más alta, y si, por el contrario, ello ocurre, muy seguramente no coincidirá el monto calculado con el establecido en la nueva ley. Las consideraciones que pueda tener el legislador son tantas y de tan variadas posibilidades, que resulta absurdo y desde todo punto de vista inconveniente que los proponentes pretendan protegerse en los precios de una licitación con un factor de corrección que compense adecuadamente los eventuales mayores costos por eventos tan disímiles e imprevisibles. Hasta el presente, no se ha podido diseñar, ni se vislumbra que ello pueda hacerse, un mecanismo o fórmula de protección de eventualidades como la comentada."

²³⁴ IBIDEM Cita No. 63.

Por lo anterior, resulta totalmente incongruente, que el Estado quien es el que tiene el control de nuestro ordenamiento jurídico en materia regulatoria y reglamentaria, y quien es quien dispone los marcos de la política fiscal y reglamentaria, traslade al particular la carga del riesgo de la actuación del mismo aparato estatal.

Conforme a lo cual, es mi opinión que es el Estado, quien por intermedio de la entidad pública contratante debe asumir el costo adicional que implique la aparición de nuevos tributos o el cambio de tarifas de los existentes.

Ahora bien, se pregunta ¿Cómo puede el inversionista privado tener más control sobre el escenario tributario, que el mismo Estado?²³⁵, la respuesta no puede ser otra a que no lo tiene, y bajo este concepto, es el Estado quien mejor puede soportar el riesgo.

Por otra parte, nuestro Ordenamiento Jurídico contempla en cabeza del aparato estatal la posibilidad de celebrar contratos de estabilidad jurídica "para los inversionistas en Colombia"²³⁶, estabilidad jurídica que valga precisar implica estabilidad tributaria; lo cual significa la anulación del riesgo, sin embargo, éste instrumento normativo no es utilizado por el Estado en sus proyectos de infraestructura, pese a que lo que busca básicamente el contrato de concesión y ahora

²³⁵ BADÍAS ALBERT Alfonso, Sistema Concesional Chileno: Mecanismo de mitigación de riesgos casos prácticos: Los vilos-La Serena, Río Bueno- Puerto Montt Y Santiago-Valparaíso-Viña Del Mar. En Revista de obras públicas, Extraordinario Octubre de 2002. No. 3.425. Páginas 224. La distribución de riesgos planteada por los chilenos en sus proyectos de infraestructura, retiene en el estado contratante, algunos riesgos que esencialmente se considera debe retener la administración, por ejemplo la disponibilidad y el mayor costo de los terrenos, la demanda garantizada, el riesgo de mayores precios de explotación, el riesgo de competencia, los riesgos regulatorios introducidos por el cambio de cualquier legislativo en general y los derivados de la fuerza mayor.

²³⁶ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 963 De 2005. Publicada en el Diario Oficial 45963 de julio 08 de 2005.

los contratos de asociaciones público privadas es atraer al inversionista privado, por lo cual, las entidades públicas que abren procesos de concesión, deberían verificar con el gobierno nacional, la posibilidad que el concesionario, pueda suscribir con el Estado, como consecuencia del contrato de concesión, un contrato de éste tipo, circunstancia, que entre otras conlleva la anulación del riesgo tributario y regulatorio, para ambas partes.

En consonancia con lo anterior, no solamente el traslado desconoce el criterio de asignación del riesgo previsto en los documentos de política pública, si no, como se ha señalado lo torna ilegal y con ello desconoce los límites legales²³⁷, previstos en la legislación, sobre los cuales debe ajustar su actuar²³⁸, por las siguientes razones:

a) Contraria los principios básicos de la Ley 80 de 1993. El traslado al concesionario o de hecho a cualquier contratista de gravámenes eventuales o del riesgo tributario en forma general, no es un riesgo previsible, y en consecuencia, al no ser previsibles, al momento de la elaboración de su

²³⁷ El ejercicio de las responsabilidades y funciones de los empleados y funcionarios públicos, se encuentra constitucionalmente establecido al señalarse, que "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley" lo que implica que el funcionario público en su actuar al momento de elaborara la matriz de riesgos de los procesos de contratación, debe ajustarse a la Ley, y al estricto cerco de su competencia, el cual le obliga, a respetar las limitaciones legales que en materia de riesgos ha previsto el legislador en nuestro ordenamiento jurídico, so pena de ser responsables, en los términos previstos por el artículo 6 constitucional "por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

²³⁸ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-442 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez "Se concluye que estos actos deben formarse mediante procedimientos previstos en la Ley, que la observancia de la forma es la regla general, no sólo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino para el logro de una organización administrativa racional y ordenada en todo su ejercicio, el cumplimiento estricto para asegurar la vigencia de los fines estatales, y para constituir pruebas de los actos respectivos, que permitan examinarlos respecto de su formación, esencia, eficacia y validez de los mismos."

oferta²³⁹, no es un riesgo de los cuales es posible y legal su traslado.

b) Es imposible, trasladar vía contractual el riesgo tributario, así como las causales propias de la institución del equilibrio económico del contrato²⁴⁰ - Hecho del Príncipe o "Fait du Prince"²⁴¹, así como riesgos irrazonables, imprevisibles²⁴² o

²³⁹ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia de 22 de junio de 1990, expediente 6.353. En: Rodríguez R., Libardo (2009). El equilibrio económico en los contratos administrativos. (1a. Ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A. Página 88. "Pero lo que si no tiene presentación es que un contratista al hacer su propuesta se haga cargo de costos y gravámenes eventuales que puedan concretarse por la voluntad futura del legislador. Esto equivaldría a renunciar, en forma general, a la indemnización de perjuicios originada en el hecho del príncipe. Renuncia que sería nula"

²⁴⁰ IBIDEM Cita No. 153 "(...) Es válido aceptar que la fijación de impuestos, evento que, a manera de ejemplo, señala Marienhoff como un "hecho del príncipe", puede afectar el equilibrio económico del contrato?. La respuesta a dicho interrogante es positiva si se tiene en cuenta, en primer lugar, que el tributo es fijado por el Estado mediante Ley, lo que significa que tal imposición tiene un carácter general, luego, al recaer en el contratista como sujeto individual destinatario de dichas normas, es perfectamente posible que, en ciertos casos, dicha medida le afecte de manera particular en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.(...)" La Sala ha precisado, que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato podrá proceder por dicha causa, si se afecta la ecuación financiera "en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista", haciendo más onerosa la ejecución del correspondiente contrato.

²⁴¹ IBIDEM Cita No. 191. "1. El riesgo regulatorio (en él comprendido el riesgo tributario). No es posible su traslado indiscriminado al concesionario en relación con los gravámenes doctrinariamente calificados como "especiales". Dicho traslado es procedente frente a las denominadas "cargas tributarias de carácter general". Es la teoría del "hecho del príncipe", cuyo análisis escapa al objeto de este estudio10. (...) la Corte Constitucional que en sentencia C-333/96 del 1 de agosto de 1996 definió el punto acogiendo la reiterada doctrina del Consejo de Estado en cuanto hace a la imposibilidad jurídica predicable de la entidad estatal contratante de trasladar dicho riesgo mediante el instituto contractual. Y sabido es que de conformidad con el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, "Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares".

²⁴² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Octava edición. Editorial CIVITAS. Madrid. 1.998. Pág. 731. "en cuanto se traduzca en una medida imperativa y de obligado acatamiento que reúna las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan (relación de causalidad) un daño especial al contratista, da lugar a compensación".

extraordinarios²⁴³-

c) El riesgo tributario, constituye el típico "factum princip o ius variandi"²⁴⁴, el cual siempre debe ser asumido por la administración, por su propia naturaleza de ser un hecho del Estado.²⁴⁵

d) Las políticas fiscales y tributarias nacen del gobierno y no de los particulares, trasladar al concesionario o a cualquier contratista éste riesgo, implica de plano el traslado al particular de un hecho o actuación de Estado, la cual está prohibida por Ley.

d) La Ley 80 de 1993, establece como un derecho del contratista "recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del

²⁴³ COLOMBIA, TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, Departamento de Cundinamarca v. Consorcio Concesionaria de Desarrollo Vial de la Sabana, Septiembre 21 de 2009. "Por principio, los riesgos constitutivos de la esencia o definición de la concesión, son los expresamente pactados, los inherentes a la empresa, negocio, actividad, gestión o explotación empresarial y comercial del concesionario, los corrientes, normales u ordinarios, los "razonables", proporcionados o equilibrados", los del alea normal, siendo contrario a su estructura genética y funcional, a su utilidad, a la buena fe, a la equidad y a las directrices, reglas y principios de la contratación, extenderlos a todos en forma abstracta, general e ilimitada y, por tanto, inadmisibles "que en una relación contractual de derecho público (y en cualquier relación, se anota), el contratista deba asumir afectaciones imprevisibles o extraordinarias, de suficiente entidad para afectar la estructura económica del contrato"

²⁴⁴ ARIÑO ORTIZ Gaspar (2010).El contrato de colaboración público privada. En Felipe de vivero Arciniegas (2010).Reforma al régimen de contratación estatal. (1a. Ed.). Bogotá: Ediciones Uniandes. Página 212.

²⁴⁵ Valga la pena resaltar, como se expuso, que pese a que la nueva tesis del Consejo de estado clasifica la creación de nuevos impuestos como un hecho imprevisible, y no como un hecho del príncipe, aún bajo ese supuesto, su traslado resultaría ilegal, pues es el mismo Consejo De Estado, quien está clasificando los impuesto como un hecho típicamente imprevisible, por lo cual no podría entrar en la categoría de riesgo previsible prevista en la Ley 1150 de 2007, y en consecuencia no debería ni podría ser incluido en las matrices de riesgo de los procesos de contratación.

contrato.”²⁴⁶, por lo anterior, si el impuesto afecta al contratista y no es asumido por la entidad contratante, el “valor intrínseco” al que se refiere la Ley se vería afectado.

f) No debe olvidarse, que conforme a lo previsto en el artículo 16 del Decreto 423 de 2001, solamente serán trasladables los riesgos que sean susceptibles de lucro, lo que controvierte la posibilidad del traslado del riesgo regulatorio en general.

Conforme a lo anterior, se considera incongruentes y contrarias las disposiciones legales que regulan la materia, la política pública asumida por el gobierno nacional, con base en los argumentos expuestos.

- Riesgo de Predios: Dentro de éste riesgo general se incluyen algunos sub riesgos identificables, cuya distribución varía. Básicamente éste riesgo hace referencia a la disponibilidad, compra y mayores costos que resulten de los predios requeridos para adelantar el proyecto de infraestructura, así:

- a) Gestión de Compra. Es el único riesgo trasladable, pues constituye una de las obligaciones básicas del concesionario, el adelantar las gestiones necesarias para gestionar la compra directa de los predios. Una vez agotada esta gestión de compra, le corresponde a la entidad pública adelantar por vía judicial o administrativa la expropiación de los predios requeridos, trámites que solo puede adelantar ella, y sobre los cuales no tiene injerencia el concesionario.

²⁴⁶ IBIDEM Cita No. 18. Art. 5, No. 1.

b) Mayor valor de los predios. El precio de los predios es establecido por la entidad pública, gestora del proyecto conforme a la Ley 105 de 1993. El mayor valor de los predios es intrasladable y en esto se considera acertada la distribución de riesgo planteada por los documentos CONPES.

c) Disponibilidad de predios²⁴⁷. Estará a cargo

de la entidad pública, Frente a éste aspecto crea una directriz clara y casi de alcance extralegal, pues establece una regla general, al asignar el riesgo de mayor valor del contrato y del cronograma de disponibilidad de predios en cabeza de la entidad estatal.

Ello como consecuencia, que la compra de predios para estos proyectos viene precedida de un procedimiento administrativo previo, el cual establece el valor que se puede pagar por cada predio, la oferta que puede plantear la entidad contratante, y el mecanismo de la expropiación administrativa como última medida para expropiar al titular del predio, caso en el cual será la entidad Contratante de igual manera la que fije el valor del precio que se puede o debe pagar por el inmueble, hay que recordar que para los efectos pertinentes, cuando el concesionario negocia predios para un proyecto, lo hace como un mero mandatario de la entidad, pues ella es la dueña de la obra, y es la que determina el valor de los predios por expreso mandato de la Ley 105.

²⁴⁷ IBIDEM Cita No. 22. "Ahora bien, la posibilidad de delegar la función de adquisición de predios no conlleva la asunción del riesgo por el contratista por no obtener el resultado buscado y, por lo mismo, tendrán que ser de cargo de la entidad los sobrecostos generados por las demoras en la obtención de los predios por el mecanismo de la expropiación, sea esta administrativa o judicial."

El riesgo en cabeza del concesionario se limita a la gestión de compra y la financiación del proyecto, disponiendo los recursos, para pagar la compra o expropiación.

Cuando se requiera expropiación, este riesgo estará en cabeza de la entidad, así como las consecuencias de la disponibilidad o indisponibilidad de predios que se pueda generar ante demoras que presente el proceso de expropiación.

No se puede trasladar al concesionario el mayor valor de los predios, que se pueda dar como consecuencia de una demanda; pues el proceso de expropiación es competencia exclusiva del ente estatal.

- **Riesgo de Obligaciones Ambientales:** Consiste en las obligaciones derivadas de la normatividad ambiental y las cuales tienen incidencia en el proyecto, en materia contractual se regulan o establecen en los Planes de manejo Ambiental (PMA), licencias, permisos ambientales, concesiones etc.

El Concepto de los CONPES, es que el riesgo ambiental es un riesgo previsible, y el mismo se consume cuando por parte del concesionario se da un incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que en materia ambiental debe seguir para el desarrollo del proyecto. Según dicha política, se pueden generar pasivos ambientales y el incumplimiento de las normas o instrumentos legales que regulan las obligaciones ambientales del proyecto, esto según se entiende en los CONPES 3107 y 3133²⁴⁸, puede conllevar a la creación de pasivos ambientales y mayores costos que afecten la ecuación económica del contrato.

²⁴⁸ Según los documentos CONPES 31107 y 3133, debe estar en cabeza del concesionario, en particular le asigna como imperativo el costo del "incumplimiento o la mala gestión" en materia ambiental "durante la ejecución, la operación y el mantenimiento de la obra."

No obstante lo anterior, es necesario señalar que el concepto de riesgo ambiental, tal y como está definido no puede ser un riesgo previsible, pues el "incumplimiento" de una obligación legal o contractual no se ajusta a la concepción o definición de riesgo previsible prevista en nuestra legislación.

El incumplimiento de las obligaciones legales ambientales por parte del concesionario, en nada puede afectar la economía propia del contrato, cuando la entidad ambiental competente le imponga las multas y sanciones, a las que se ha hecho acreedor por su actuar. Entender esto implicaría entender que en caso que el concesionario sea sancionado por la administración tributaria, ésta circunstancia también implicaría de hecho un riesgo previsible, o entender que es riesgo previsible que la administración incumpla con su obligación legal de restablecer el equilibrio económico del contrato. De lo anterior, se deriva que nada tiene que ver una cosa con la otra y en consecuencia el yerro conceptual en mi criterio resulta prominente.

El incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del concesionario no puede ser catalogado bajo ningún concepto como riesgo previsible, al respecto es necesario señalar que no solo el contrato si no la misma Ley 99 de 1993 -Que regula el tema ambiental-, establecen las consecuencias jurídicas, legales y contractuales, en caso de incumplimiento de esa obligación o la causa de un daño al medio ambiente; por lo anterior, no comparto ni la apreciación de los documentos CONPES, ni de algunos tratadistas que siguen esta clasificación²⁴⁹;

²⁴⁹ URUETA ROJAS Juan Manuel, El Contrato de Concesión de Obras Públicas Project Finance y Parteneriado Público - Privado. Segunda Edición. Grupo editorial Ibañez. Bogotá D.C. 2010. Pág. 225 "El riesgo ambiental merece especial mención por que las obras de infraestructura vial tienen repercusión directa e importante en el medio ambiente".

al considerarlo como riesgo previsible.

Al respecto, se reitera que el incumplimiento no es un riesgo previsible, eventualmente será un riesgo contractual, por lo anterior, la inclusión de éste riesgo tal y como está previsto, corresponde a un error en la tipificación.

El traslado del riesgo ambiental al Concesionario, constituye el traslado de la expectativa de cumplimiento de una obligación que bajo ningún concepto es un riesgo previsible, la cual entre otras en materia contractual debe ser verificada por parte de la Entidad contratante, en consecuencia su traslado implicaría también la transferencia de competencias contractuales propias de la Administración, tales como son la supervisión y control previstas en el artículo 32 No. 4 de la Ley 80, en lo que tiene que ver con el cumplimiento de las obligaciones ambientales derivadas de licencias, normas y permisos ambientales; supervisión y control que debe ejercer la Entidad, y cuya omisión hace responsable al funcionario. Por lo anterior, el traslado de éste riesgo es resulta incongruente, pues salvo autorización expresa del legislador, la entidad no podrá trasladar a particulares, el cumplimiento de obligaciones de carácter legal, ello implicaría transformar al contratista en juez y parte.

Resulta necesario señalar que quien tiene la competencia sancionatoria, por el incumplimiento de las obligaciones ambientales, serán las autoridades ambientales pertinentes²⁵⁰. La mala gestión de las obligaciones ambientales en cabeza del concesionario, es un incumplimiento, por lo cual se encuentra subsumido dentro de las condiciones ya señaladas.

²⁵⁰ Ver. Ley 99 de 1993 y Ley 1333 de 2009.

No obstante lo anterior, si hay un riesgo que resulta trasladable, y es el que consiste en los mayores costos de implementación de las obligaciones que impongan los PMA, licencias, permisos, concesiones ambientales, etc.

En mi opinión esos mayores costos si pueden resultar eventualmente previsibles, y será posible su traslado atendiendo, las siguientes consideraciones:

- a) Si el proyecto no cuenta con licencia, el riesgo no es trasladable por ser incuantificable; y en consecuencia no reuniría los requisitos para ser un riesgo previsible,
- b) Para transferir este riesgo al concesionario, se debe contar antes del cierre de la licitación con la licencia o permiso ambiental, de lo contrario el riesgo lo debe conservar la entidad pública.
- c) Si el objeto de la concesión no incluye el diseño de la obra si no solamente la construcción, debe entregarse en la licitación la licencia ambiental²⁵¹, sino se entrega, no es trasladable, pues en ella se puede valorar el alcance de las obligaciones, y una mala estimación de ellas correspondería a la responsabilidad del proponente al elaborar su oferta, aspecto que no puede ser desconocido por el Concesionario.

²⁵¹ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, Delitos de Celebración Indevida de Contratos. Universidad externado de Colombia, Bogotá D.C., Primera Edición, 2000. Pág. 174 "la obligatoriedad de la obtención de este tipo de decisiones administrativas previas se deduce de la lectura del numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, cuando de manera expresa señala que las autorizaciones o aprobaciones para desarrollar el objeto contractual deberán impartirse con antelación al inicio de los procesos de selección o a la firma del contrato"

- d) Si la concesión incluye el diseño de la obra, debe entregarse el diagnóstico ambiental de alternativas, pues la licencia ambiental solamente podrá ser obtenida con el diseño definitivo del proyecto y el estudio de impacto ambiental²⁵², en éste caso el riesgo es parcialmente trasladable dependiendo del nivel de información, que contengan estos documentos, debiendo ser ésta suficiente para estimar, cuantificar o elaborar adecuadamente los riesgos en la oferta.
- e) Si se modifican las licencias pese que el proyecto ya contaba con unas aprobadas, los sobre costos derivados de esa modificación salvo que correspondan a cambios de trazado de la vía, o derivados de fallos judiciales como es el caso de acciones constitucionales, corresponderán al concesionario.

²⁵² COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: Augusto Trejos Jaramillo, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dos (2002)., Radicación número: 1429, Actor: Ministro De Transporte, Referencia: Licencia ambiental. Requisito previo para la apertura de procesos licitatorios tendientes a la suscripción de contratos de concesión. "(...) Si el objeto de la contratación no incluye el diseño de la obra, la entidad contratante, con anterioridad a la apertura de la licitación o a la suscripción del contrato -si hay contratación directa-, debe entregar los estudios y diseños definitivos al contratista en Fase III, es decir, el diseño ya ejecutable para que con base en él los licitantes preparen su propuesta y el contratista adjudicatario del contrato construya la obra. En este evento, dentro de la licitación debe entregarse a los proponentes la licencia ambiental con el fin de que incluyan en su propuesta los costos de las obras de mitigación de impacto ambiental, determinadas por la autoridad ambiental, a menos que asuma el riesgo ambiental y así lo especifique en el pliego de condiciones. Si por el contrario, el objeto de la contratación incluye el diseño de la obra, la entidad debe elaborar con antelación a la apertura de la licitación o de la firma del contrato los estudios correspondientes, incluido el diagnóstico ambiental de alternativas, si la contratación se adelanta mediante el sistema de concesión, para que el contratista en la etapa de pre construcción realice el diseño definitivo con base en los estudios entregados por la entidad. Una vez se tengan el diseño definitivo y el estudio de impacto ambiental se procede a solicitar la respectiva licencia ambiental."

- Riesgo de Fuerza Mayor Asegurable. En mi concepto lo que se traslada no es un riesgo previsible, si no la gestión de compra de una póliza de seguro, en consecuencia no es un riesgo que afecte la ecuación económica del contrato y por tanto no debería estar incluido en la clasificación.

En todo caso, el concesionario no respondería patrimonialmente, quien paga y asume el riesgo es la aseguradora.

Por lo tanto, se considera que no cumple con los supuestos previstos en la Ley 1150 y sus Decretos Reglamentarios para ser incluido como riesgo previsible, debiendo ser excluido de las matrices de riesgo y de los documentos CONPES, pues evidentemente presenta un error en la tipificación.

En la práctica el concesionario incluye en su oferta el costo de ésta póliza, por lo cual finalmente, el costo del riesgo lo termina pagado el Estado.

- Riesgo Fuerza mayor no asegurable. Este riesgo consiste en hechos o fenómenos de la naturaleza, y en éste sentido considero no son del todo previsibles, no obstante lo cual, los CONPES 3107 y 3133, consideran que debe permanecer en cabeza del Estado, sin embargo el nuevo CONPES 3714, considera que su traslado es posible siempre que existan medidas de mitigación a disponibilidad del concesionario. Sin embargo, es evidente que al ser un hecho de la naturaleza, constituye fuerza mayor, figura esencialmente intrasladable por expresa prohibición legal, en este sentido el CONPES 3714, presenta un evidente error de tipificación, salvo en lo relacionado con el tema de lluvias y los índices de pluviosidad que genera el IDEAM, por que estos se tornarían previsibles, pero cualquier nivel que

supere estos índices es fuerza mayor y es ajeno al contratista siendo esta una de las principales causales de desequilibrio económico, por lo cual considero que es un error, incluir allí como riesgo previsible "sismos, temblores, inundaciones, lluvias, sequías." Los cuales son evidentemente intrasladables.

- Riesgo Político o Soberano. Se define en el CONPES 3107, como los cambios en la legislación, situación macroeconómica o política del país.

Se considera, que el traslado de éste riesgo es ilegal e incuantificable, el concesionario no es quien mejor lo puede controlar, no hace parte del Estado ni tiene injerencia en sus decisiones, este riesgo no es susceptible de lucro y en consecuencia de acuerdo al artículo 16 del Decreto 423 de 2001, sería intrasladable.

Aunado a lo cual, constituye un claro hecho de imprevisión, por lo cual su traslado es ilegal, o acaso es posible imaginar que el concesionario pueda controlar mejor un cambio en el gobierno que el mismo gobierno.

Finalmente es necesario precisar, que no puede confundirse el riesgo con la causa, por lo anterior esta asignación no puede ser ilimitada, si bien es inmodificable su margen de aplicación, en la ecuación contractual está limitada en las causas que dan lugar a que ocurra el riesgo. Por ejemplo, si ocurre un riesgo producto de la actuación contractual de la entidad, y concurren circunstancias constitutivas de imprevisibilidad o del hecho del príncipe y ese riesgo está asignado al concesionario, ¿Éste lo debe soportar?, la respuesta no puede ser otra, que el concesionario no está obligado a soportarlo, ni asumir los sobrecostos que el mismo genere; en consecuencia la institución del equilibrio económico de los contratos, es el límite de esa distribución y asignación de riesgos previsibles.

Por lo tanto, en caso que ocurra uno de los supuestos anteriores, cuya causa sea un hecho constitutivo de desequilibrio económico, el equilibrio económico del contrato debe ser restablecido por la Entidad Estatal, en cumplimiento de su obligación legal, sin poder ampararse en la asignación de riesgos planteada, simplemente porque las consecuencia de la causa efectiva del acaecimiento del riesgo, conlleva intrínseca e imperativamente su obligación de restablecerlo.

Es usual como se verá a continuación que en las matrices de riesgo que plantean las entidades públicas en sus procesos licitatorios, se omite el cumplimiento de éstos deberes legales, ya sea por falta de capacitación de nuestros funcionarios o desconocimiento del Estatuto De Contratación Pública, en todo caso ninguna de éstas dos circunstancias es excusa, para que en los principales procesos licitatorios abiertos, ninguno de los mismos cumpla con los requisitos, limitaciones y obligaciones legales previstas por el legislador, para poder tener un riesgo como previsible y esencialmente trasladable.

Al respecto, será un tema que decidan los jueces, sobre la validez o no de dichas matrices de riesgo, sin embargo valga la pena resaltar desde ya, las consecuencias negativas que en instancias judiciales pueden conllevar algunas de las consideraciones que el Gobierno incluyó en el CONPES 3714, cuando en un acto de constricción, confiesa los errores cometidos por sus funcionarios en la mayoría de procesos licitatorios frente al tema de riesgos previsible, porque bajo ese supuesto, no podrían ni deberían ser válidas la mayoría de distribuciones de riesgos planteadas por ellos, lo cual modificaría de plano la ecuación económica planteada y abriría la puerta a incuantificables demandas.

4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE UN INDEBIDO ENTENDIMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO PREVISIBLE. INEFICACIA Y NULIDAD.

Para poder determinar las diferentes consecuencias jurídicas, es necesario identificar los distintos escenarios, que una

circunstancia u otra o un comportamiento desplegado por la administración en lo que tiene que ver con los de riesgos previsibles, pueda generar, así como las posibles consecuencias jurídicas que se puedan derivar de los mismos.

Ni la ineficacia, ni la nulidad, como fenómenos jurídicos se encuentran regladas en la Ley 80 de 1993, por lo cual en virtud de lo dispuesto en el artículo 13²⁵³ de la misma Ley, debe darse aplicación a las normas comerciales y civiles pertinentes que regulen la materia.

4.1 La ineficacia. El artículo 897 del Código de Comercio²⁵⁴, define la ineficacia como, la situación jurídica en la cual un acto o contrato no produce efectos, para la cual no es necesaria la declaratoria judicial, por ser una disposición de pleno derecho prevista así en la norma.

La ineficacia²⁵⁵ en materia de riesgo previsible, se rige por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la

²⁵³IBÍDEM CITA No. 18. "ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley."

²⁵⁴ "Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial"

²⁵⁵ COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL. Tribunal de arbitramento de c. I. Grodco s. En c. A. Ingenieros civiles contra instituto nacional de vias -invias-. Laudo arbitral. Bogotá D.C., 16 de febrero de 2007. Árbitros: Juan De Dios Montes Hernandez, Saul Sotomonte Sotomonte Y Alberto Yepes Barreiro. "La Doctrina ha definido la ineficacia en sentido estricto, como aquella que refiere a los aspectos extrínsecos del negocio, es decir, a la imposibilidad de darle efecto alguno a una estipulación contractual, que en sí misma no fue generada por alguna condición viciosa; esto es, se trata de una estipulación válida, no obstante carecer de efectos jurídicos. Tal carencia puede derivarse de la violación de disposiciones superiores del sistema jurídico, que suponen siempre un respeto y un acatamiento por parte de las demás normas, incluyendo por supuesto las reglas derivadas de la misma autonomía de la voluntad. Es como si los efectos de tales estipulaciones superaran la barrera permitida por la Ley y los principios, con correlación al ejercicio de la autonomía de la voluntad."

Administración Pública, que dispone en su Artículo 25 No. 5 parte final: "Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados."

Conforme a lo anterior, y a la definición prevista en el artículo 897 del Código de Comercio, dichos actos, en caso de considerarse ineficaces²⁵⁶, no producirían efecto alguno, y en consecuencia no serían vinculantes para las partes, y dicha consecuencia jurídica no requerirá declaratoria judicial. En contraposición, la eficacia es entendida como la capacidad del acto jurídico, en éste caso un acto administrativo para producir efectos.

Al respecto la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

"La eficacia, en cambio, no es nada diverso a la producción efectiva, real, de las consecuencias o de los efectos derivados de los propios actos administrativos, cuestión que conecta directamente con una de sus principales características, cual es su naturaleza ejecutiva y ejecutoria^{257[3]}, la cual posibilita la materialización de lo en ellos

²⁵⁶ COLOMBIA RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO. Expediente 12.344. De fecha 03 de mayo de 1999. Actor: Germán Torres Salgado. CP: Dr. Daniel Suárez Hernández. "La administración no puede establecer criterios irrazonables que no consulten el interés general presente tanto en el proceso de selección como en la ejecución del contrato estatal, so pena de ineficacia de dichas cláusulas predispuestas ante casos de violación mayúscula del ordenamiento jurídico." (Subraya ahora la Sala). En CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente Dr. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Bogotá, veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008).- Radicación No. 66001-23-31- 000-3254-02 (15963)

²⁵⁷ CITA EN CITA. ^[3] Como con rotundidad lo establece el artículo 64 del C.C.A.: "Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados".

decidido aún contra la voluntad del sujeto pasivo de la decisión^{258[4]}, como corolario de la presunción de legalidad que caracteriza y acompaña a las determinaciones de la Administración^{259[5]} y del privilegio de la que ha dado en denominarse autotutela ejecutiva, propio del obrar de la misma, privilegio que suele oponerse al rasgo de la "heterotutela", como inherente a las relaciones jurídicas trabadas entre particulares^{260[6]}; la

²⁵⁸CITA EN CITA ^[4] Según lo prevé el artículo 65 C.C.A.: "Ejecución por el obligado. Cuando un acto administrativo imponga una obligación a un particular y éste se resistiere a cumplirla, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía, concediéndole plazos razonables para que cumpla lo ordenado".

²⁵⁹CITA EN CITA ^[5] La cual tradicionalmente se ha señalado que se encuentra reflejada en lo normado por el inciso primero del artículo 66 C.C.A., de conformidad con cuyo texto "salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo..."

²⁶⁰CITA EN CITA ^[6] Elemento distintivo cardinal entre el derecho administrativo y el derecho privado, que el profesor Santamaría Pastor explicita de muy ilustrativa manera: "Para comprender gráficamente en qué consiste exactamente el poder de autotutela, nada mejor que comparar la posición de la Administración frente a los Tribunales con la de los sujetos privados. (...) Cualquier sujeto que pretenda alterar frente a otro la situación de hecho existente (statu quo) no puede hacerlo por propia autoridad; si el otro sujeto no aceptase de buen grado esa alteración, tiene la carga de someter su pretensión a un Tribunal, el cual la valorará desde la perspectiva del Derecho y la declarará conforme o no con éste, dándole en el primer caso fuerza ejecutoria, esto es, una virtud especial que la hace indiscutible y de cumplimiento forzoso para la parte obligada. A su vez, si esta resolución ejecutoria no fuese cumplida de buen grado, tampoco el sujeto beneficiado con la misma podrá imponerla a la otra parte por su propia coacción privada, sino que deberá impetrar el respaldo coactivo mediante una segunda pretensión dirigida al Tribunal, el cual dispondrá de la asistencia de la coacción pública (única legítima) si se acredita que, en efecto, la resolución que trata de imponerse goza de fuerza ejecutoria (...) Así pues, la tutela de los derechos e intereses de los particulares bien puede ser calificada de heterotutela, por cuanto ha de llevarse a cabo normalmente a través de una declaración y ejecución dictadas por un órgano judicial. (...) Comparada con la de los sujetos privados, bien puede decirse que la posición de la Administración es justamente la opuesta. La Administración no precisa de la colaboración judicial para hacer declaraciones de derechos que alteren per se las situaciones jurídicas o estados posesorios (tutela declarativa), ni para ejecutar coactivamente tales declaraciones (tutela ejecutiva): la autotutela supone que, por regla general, puede realizar por sí misma uno y otro tipo de actividades. Dos son, pues, las manifestaciones fundamentales de la autotutela: - En primer lugar, la autotutela declarativa o decisoria, consistente, como ya se expresó, en la potestad de la Administración de emitir declaraciones o decisiones capaces por sí mismas de modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas, sin el concurso de los órganos judiciales y con independencia del consentimiento o colaboración del

eficacia, por tanto, más allá de la validez –la cual analiza, según se explicó, el ajuste de la decisión administrativa al bloque de la legalidad^{261[7]}– le garantiza a la Administración la posibilidad de cumplir y hacer cumplir sus decisiones; se trata de la capacidad del acto administrativo para producir sus efectos con miras a la consecución de los propósitos y las finalidades que han de orientar la actividad del órgano actuante, en general y la decisión proferida, en particular”²⁶²

sujeto destinatario de aquéllas. (...) - Y, en segundo lugar, la autotutela ejecutiva, consistente en la potestad de la Administración de llevar a la práctica (ejecutar) sus propias decisiones, llegando incluso al empleo de la coacción en caso de resistencia de sus destinatarios, e igualmente sin tener que contar para ello con la intervención de los Tribunales” (apartados en negrilla destacados en el texto original; subrayas añadidas por la Sala). Cfr. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, Principios de Derecho Administrativo, volumen I, tercera edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2004, pp. 101-103.

²⁶¹CITA EN CITA. ^[7] En el entendido de conformidad con el cual la concepción que del principio de legalidad se impone en un Estado constitucional contemporáneo comporta el reconocimiento de la obligación de acatamiento –por parte del acto administrativo examinado– del entero ordenamiento jurídico, esto es, del «bloque de legalidad», parafraseando la expresión acuñada por Maurice Hauriou para aludir al parámetro de fiscalización utilizado, en su actuación, por el Consejo de Estado francés al llevar a cabo el control de los actos administrativos, labor en desarrollo de la cual el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se encuentra llamado a verificar la legalidad de dichos actos administrativos sin que por «legalidad» haya de entenderse, tan sólo, «conformidad a la Ley», sino que el juicio de ajuste debe adelantarse en relación con la Constitución, con la Ley, con los principios generales del Derecho y con otra serie de normas –cuando haya lugar a ello–, de suerte tal que la de «bloque de legalidad» es una expresión que se utilizó para comprender aquello que en realidad debería denominarse el «bloque de juridicidad» o, en otros términos, el bloque del Derecho aplicable. Véase, en este sentido, EISENMANN, Charles, Le droit administratif et le principe de légalité, EDCE, 1957, pág. 26, apud FAVOREAU, Louis y RUBIO LLORENTE, Francisco, El bloque de la constitucionalidad, Cuadernos Civitas-Universidad de Sevilla, Madrid, 1991, pp. 19-20.

²⁶² COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION “A”, Bogotá D.C., 25 de agosto de 2011. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gomez, Radicación No.: 250002326000199400367-01. Expediente No. 16435. Actor: Sociedad Alejandro Munévar Domínguez Televisión Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Radio y Televisión - INRAVISIÓN

La jurisprudencia en materia de contratación estatal, la ha entendido como una figura de aplicación inmediata, sin declaratoria judicial.

Por lo anterior, si alguna disposición o cláusula que éste contenida en los pliegos de condiciones, términos de referencia o en los contratos que surjan de éstos, contraviene lo expresamente reglado en el artículo 24 No. 5, dicho acto no producirá efecto alguno.²⁶³

Así mismo y sobre la ineficacia ha señalado el Consejo de Estado, en sentencia reiterada lo siguiente:

"(...) la ineficacia del contrato es la no producción de los efectos que debiera producir con ocasión de su celebración, bien sea porque: a) para el ordenamiento jurídico el negocio es inexistente, es decir no produce efecto alguno; b) o resulta inválido o nulo, o sea, que nacido a la vida jurídica, los efectos que de su existencia emanan pueden ser anulados o aniquilados por presentar irregularidades o vicios frente a la Ley; c) o por disposición legal o

²⁶³ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 11192 proferida el 23 de abril de 1998. "(...). Quizás por ello el actual estatuto contractual expresa e inequívocamente determinó que aquellas estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia que contravengan las prescripciones contenidas en el art. 24 de la Ley 80 de 1993 consagratorio del principio de la transparencia "serán ineficaces de pleno derecho", particularmente aquéllas que establezcan reglas de selección por fuera de la objetividad, claridad y justicia que debe manifestarse en los pliegos que gobiernan el proceso de selección. La anterior precisión se hace en atención a la postura procesal asumida por el ente demandado quien a manera de defensa invocó frente a la controversia planteada la aplicación de dicha cláusula, que se reitera, en sentir de la Sala, es ineficaz de pleno derecho, esto es, sin necesidad de declaratoria jurisdiccional a propósito, no obstante que del análisis probatorio realizado en la presente providencia los cargos enderezados a la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación no se abren paso por las razones expuestas anteriormente." En CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá, veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008).- Radicación No. 66001-23-31- 000-3254-02 (15963)

particular se difieren sus efectos, como cuando se somete a condiciones por las partes o requiere de autorizaciones legales que lo activen. (...) la ineficacia lato sensu de un negocio jurídico se refiere a su carencia de efectos, por motivos diferentes que versan sobre la carencia de los elementos para su nacimiento -inexistencia-; o por predicarse del mismo defectos, distorsiones, vicios o irregularidades -invalides-; o por circunstancias que le inhiben relevancia -condiciones o situaciones subordinantes- (...)." ²⁶⁴

Ahora bien, la pregunta relevante es: ¿Cuándo y en qué momento, el riesgo previsible, puede tornarse ineficaz conforme a lo previsto en el artículo 24 No. 5 de la Ley 80 de 1993?, frente a lo anterior, es necesario aclarar que la misma norma prevé las hipótesis con base en las cuales condena con ineficacia los actos que así ha considerado el legislador.

Las causales previstas en el artículo 24 No. 5, son las siguientes:

"c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato." "d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren." "e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad."

²⁶⁴ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, Sentencia de 7 de marzo de 2007 (Exp.15.052) En: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente (E): Mauricio Fajrado Gomez, Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010), Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596). Aclaración De Voto De La Doctora Ruth Stella Correa Palacio.

Conforme a lo anterior, será ineficaz el traslado de riesgos previsibles, cuando la entidad en su matriz de riesgos o en la audiencia de riesgos, incurra en cualquiera de los siguientes comportamientos:

A. INEFICACIA POR AUSENCIA DE VALORACIÓN CUANTITATIVA DEL RIESGO. Este fenómeno se da en las siguientes circunstancias:

- a) Cuando el riesgo no ha sido cuantificado ni cuantitativa ni cualitativamente, es decir no ha sido valorado económicamente.
- b) Cuando el riesgo se cuantifica cualitativa y no cuantitativamente, y con base en esa consideración, se asigna un porcentaje del riesgo al CONCESIONARIO.
- c) La inclusión de obligaciones ilimitadas, que impliquen la asignación de riesgos previsibles en el contrato, cuando dichos riesgos no hayan sido cuantificados debidamente y asignados a la parte en los pliegos de condiciones.

Que el riesgo no esté cuantificado cuantitativamente, y se asigne un porcentaje sobre la ocurrencia de éste, implica que el valor final del riesgo no ha sido limitado en su valor, y por tanto concurrirían dos causales de ineficacia la primera por constituir un ofrecimiento ilimitado pues el valor del riesgo no ha sido determinado ni cuantificado, y la segunda, en consonancia con lo anterior, consistente que en los pliegos se deben incluir todas las condiciones y exigencias requeridas para determinar el costo y calidad de los bienes y servicios comprometidos, estando entre ellos incluidos los riesgos previsibles como un costo contingente que deberá asumir el concesionario, en caso de la ocurrencia del riesgo.

Como se ha señalado reiteradamente, en éste escrito, el valor del riesgo en caso de su ocurrencia debe ser determinado y cuantificado cuantitativamente por la entidad contratante desde los pliegos de condiciones, omitir ésta circunstancia implicaría afectar la asignación de riesgos previsibles de ineficacia, por incurrir en comportamientos sancionados por el legislador.

B. INEFICACIA POR TRASLADO DE RIESGOS PREVISIBLES DERIVADOS DE INFORMACIONES, DISEÑOS Y DOCUMENTOS ENTREGADOS EN LA LICITACIÓN. Se puede dar en los siguientes casos:

a) Cuando la entidad entregue los diseños en el proceso licitatorio, y traslade al concesionario el riesgo de diseño en los pliegos o contractualmente mediante una cláusula.

b) Cuando la entidad entregue informaciones, estudios, documentos, con los cuales elaboró su modelo financiero, y pretenda excluir cualquier responsabilidad de su parte, sobre las consecuencias de dicha entrega, y la calidad de la información que está suministrando.

Lo anterior, constituye una exención de responsabilidad sobre documentos e informaciones suministradas en la etapa precontractual, los cuales entrega la administración para que sean tenidos en cuenta por el proponente para la elaboración y presentación de su ofrecimiento, más aún, si se tiene en cuenta que seguramente serán los mismos con base en los cuales la entidad ha adelantado la estructuración y modelación financiera del proyecto que está sacando a licitación.

C. INEFICACIA POR TRASLADO DE RIESGOS PREVISIBLES, CUYA DETERMINACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEPENDE DE LA VOLUNTAD EXCLUSIVA DE LA ENTIDAD CONTRATANTE. Se podría dar en las siguientes circunstancias:

a) Cuando en proceso licitatorio, se incluya el traslado de riesgos previsibles, sin indicar su porcentaje de asignación o se transfieran riesgos previsibles indeterminados, como parte de una matriz genérica.

b) Cuando en los contratos se incluya cualquier cláusula que establezca un traslado del riesgo previsible de manera general al contratista, la cual no esté establecida, ni prevista en la distribución de riesgos planteada por la entidad y aceptada por los proponentes al momento de presentar ofertas.

Dichos traslados serán ineficaces, debido a que corresponderían a la voluntad exclusiva de la entidad pública en ejecución del contrato, la determinación sobre qué riesgo es o no previsible y cuál sería el porcentaje que ella considera deba soportar el contratista, lo cual por disposición del legislador está prohibido y afectado de ineficacia.

4.2 La Nulidad. Conforme a lo expuesto en éste escrito y la especial incorporación que sobre el tema de distribución de riesgos previsibles se hace a los pliegos de condiciones en la etapa precontractual. La distribución de riesgos previsibles, planteada por la entidad y aceptada por los proponentes al momento de presentar sus propuestas al proceso licitatorio, puede acarrear una consecuencia jurídica diferente a la ineficacia, y ésta es la nulidad, derivada de una indebida distribución de riesgos, entendida ésta como la identificación, tipificación, cuantificación y asignación de un riesgo, incurriendo en las causales de nulidad previstas en la Ley 80 de 1993.

Las causales de nulidad de los contratos estatales, que se refieren exclusivamente a la distribución y asignación de riesgos previsibles, son las previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que dispone:

"Artículo 44°.- De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...)

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; (...)"

La nulidad que se pretenda, será la nulidad parcial prevista en el artículo 47 de la misma Ley 80 de 1993, pues pese a la declaratoria de nulidad de algunos ítems o elementos de la distribución de riesgos realizada por la entidad, y aceptada por el proponente, o incluso de toda ella, es evidente que conforme a lo previsto en el artículo 48 del mismo ordenamiento, el contrato podrá seguir existiendo y ejecutándose por las partes contractuales, debiendo retener la entidad pública, los riesgos que no trasladó de manera legal, los cuales en caso de acaecer generarían el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

La diferencia principal con la ineficacia, radica en que mientras la cláusula nula genera efectos durante la ejecución contractual; ésta solo se entiende nula a partir de la declaratoria judicial, en consecuencia, es solo a partir de ese momento que se devolverán las cosas al estado anterior, en los términos claramente señalados por el artículo 1746 del Código Civil, que establece que la declaratoria judicial de la nulidad debidamente ejecutoriada que hace tránsito a cosa juzgada "da derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el

acto o contrato nulo”²⁶⁵ es decir retrotraer los efectos al momento previo a su celebración²⁶⁶; la ineficacia no genera efecto alguno en el contrato, sin embargo en la realidad contractual, es claro que las cláusulas ineficaces generan efectos, pues una de las dos partes siempre las tiene como válidas y niega su ineficacia, razón por la cual se debe acudir al juez del contrato, para obtener su declaratoria judicial, y ordenar que el actuar de la parte que desconoce la ineficacia de dicha cláusula u estipulación contractual, se ajuste a derecho.

Ahora bien, la pregunta relevante es: ¿Cuándo el riesgo previsible, puede resultar nulo, conforme a lo previsto en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993?, frente a lo anterior, es necesario aclarar que la misma norma nos genera las hipótesis normativas, con base en las cuales indica la nulidad de los contratos que con ésta consecuencia jurídica ha sancionado el legislador. Las causales previstas en el artículo 44 son:

- a) Que exista una prohibición legal o constitucional.
- b) Que este afectado con abuso o desviación de poder.
- c) Que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenta.

Conforme a lo anterior, será nulo el traslado de riesgos previsibles, cuando la entidad en su matriz de riesgos o en

²⁶⁵ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Código Civil Artículo 1746. Sancionado el 26 de mayo de 1873.

²⁶⁶ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Octubre 7 de 1999. Alíer Eduardo Hernández. “Ahora bien, el efecto inmediato de la declaratoria de nulidad es la de retrotraer las cosas al estado que tendrían de no haber existido el contrato nulo. Como la sentencia de nulidad produce efectos retroactivos, cada parte tiene que restituir a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado. Sin embargo, existen eventos en que no hay lugar a tales restituciones, como ocurre cuando la nulidad se ha originado en objeto o causa ilícita, habiendo actuado las partes o una de ellas a sabiendas de la ilicitud.”

la audiencia de riesgos, incurra en cualquiera de los siguientes comportamientos:

A. **NULIDAD POR ERRORES EN LA TIPIFICACIÓN.** Como se ha indicado a lo largo de éste escrito, la tipificación consiste en la identificación del riesgo como previsible, es decir si se identifica y se incluye como previsible, un riesgo que claramente no lo es, se generaría una nulidad en éste sentido, pues la norma expresamente señala que solo son objeto de tipificación y traslado los riesgos previsibles, en consecuencia, es claro que se generaría nulidad por tipificación, cuando se clasifique como riesgo previsible circunstancias que pertenecen al alea anormal del contrato, las cuales no son susceptibles de lucro, causales de imprevisión y en general las de desequilibrio económico del contrato, que no se encuentren contempladas dentro del concepto de riesgos previsibles, lo anterior por violación de la disposición expresa del legislador en la Ley 1150 de 2007, y conforme a lo previsto en sus Decretos Reglamentarios.

Es de anotar que el Decreto 734 de 2012, excluye expresamente el concepto de imprevisibilidad de los riesgos previsibles; así mismo, se debe tener en cuenta las definiciones incluidas en el documento CONPES 3714 de 2011, que entre otras incluye una clara definición del concepto de riesgo previsible, diferenciándolo para los efectos de otros tipos de riesgos, ajenos por su misma naturaleza a dicha definición.

Ahora bien, Decreto 1510 de 2013, al no tener referencia alguna al concepto de riesgo previsible, se ajusta a la definición prevista en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

B. NULIDAD POR IMPOSIBILIDAD DE TRASLADO DEL RIESGO. Sobre la nulidad del traslado, se parte de la legalidad de la tipificación del riesgo, es decir el riesgo es previsible conforme a la definición legal, pero la distribución o asignación que se está generando genera nulidad, por que se trasgreden en la misma los principios generales de asignación, los cuales en general están previstos en los documentos CONPES, que básicamente son:

- Se asigna a la parte que está en mejor posición y capacidad de soportarlo, manejarlo, gestionarlo, controlarlo, mitigarlo y administrarlo.
- Se puede transferir siempre y cuando el nivel de calidad de información y detalle sea suficiente, por ello es tan importante el ejercicio de estimación.
- Se debe tener en cuenta la capacidad del Contratista para soportar el riesgo.

Los anteriores preceptos en la distribución de riesgos previsible, son de obligatorio cumplimiento para los entes estatales en la estructuración de la matriz de riesgos del proceso licitatorio, conforme a la normatividad vigente.

Una Segunda hipótesis de contenido legal en materia de distribución y asignación del riesgo, es la limitación prevista en el Decreto 423 de 2001, es decir que estos sean susceptibles de lucro o que estén relacionados con el lucro, que es el objeto principal del Contratista, en mi concepto, esta exigencia, legal y vigente, debe ser interpretada en concordancia con la definición que se plantea de riesgo previsible, es decir, el riesgo puede ser previsible, pero al tenor del anterior decreto si el riesgo así sea previsible, no es susceptible de lucro, no podrá trasladarse .

C. NULIDAD EN LA ESTRUCTURACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES. Esta se da en los casos, que no se de cumplimiento, a las formas procesales y documentos constitutivos de documentos previos, por ejemplo llegarían a considerarse afectados de nulidad las siguientes circunstancias:

- i. Que no se realice la audiencia de riesgos prevista en la Ley 1150 y sus Decretos Reglamentarios,
- ii. Que no se incorporen a los pliegos de condiciones, la distribución de riesgos que plantea la entidad pública,
- iii. Que no se entregue el soporte de la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que pretenda la entidad.
- iv. Que se asigne el riesgo pero no se entregue la información necesaria para que los proponentes, puedan evaluar el riesgo e incluirlo en su propuesta.
- v. Que se asigne un riesgo con desconocimiento de los criterios básicos establecidos para su asignación, pues puede ocurrir que el riesgo en efecto sea previsible, pero que por política pública no se trasladan.
- vi. Que se incluyan condiciones netamente potestativas de la voluntad de quien asume el riesgo²⁶⁷.

²⁶⁷ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil doce (2012). RADICACIÓN: 4700123310001996493701EXPEDIENTE: 22.506. "En este orden de ideas, debe la Sala declarar la nulidad absoluta de la cláusula décimo segunda del contrato de compraventa, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1535 del Código Civil, en concordancia con el artículo 45 de la Ley 80 de 1993: "Artículo 1535. Condición meramente potestativa. Son nulas las obligaciones contraídas bajo

- vii. Que no se establezca, cual es el alcance de la asunción del riesgo, por ejemplo el caso de las fallas geológicas, si es una solución definitiva de la falla, si es neutralizar la falla, mitigarla, convivir con ella, etc.
- viii. Que no se establezca el límite económico de la responsabilidad del concesionario, o del contratista que asume el riesgo.

Finalmente, se precisa, que no se trata la inexistencia dentro de los posibles efectos de una indebida asignación de riesgos, porque la misma a diferencia de la nulidad implicaría la inexistencia del contrato estatal, aspecto que no se considera posible jurídicamente, pues si bien es aceptado por los Tribunales judiciales, la indebida asignación de riesgos no tiene la facultad o poder de degenerar en la inexistencia total del contrato estatal.

5. ESTUDIO DE MATRICES DE RIESGO.

Para efectos, de concretar el estudio realizado, analizaré someramente la distribución de esos riesgos en algunos proyectos de concesión que fueron adjudicados dentro del periodo de estudio propuesto para ésta tesis, con el fin de determinar la aplicación por parte de los operadores jurídicos de la política pública y la licitud de las distribuciones de riesgos planteadas.

5.1 Transversal de las Américas. En primer lugar tenemos el

una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.”

proyecto de denominado "Transversal de las Américas"²⁶⁸, el cual establece en su distribución de riesgos, algunos aspectos que riñen con lo señalado en éste escrito:

a) En primer lugar, se evidencia, que:

- ✓ Ninguno de los riesgos incluidos en la asignación se encuentra cuantificado, ni limitado,
- ✓ El traslado del cien por ciento de los riesgos incluidos en la matriz es ilimitado, pues no hay modo de cuantificarlo,
- ✓ No se presentan estudios impactos, limitaciones, estadísticas.
- ✓ No se entregaron los soportes a los participantes del proceso licitatorio, que la entidad tuvo en cuenta para plantear la asignación del riesgo, y tenerlo como previsible.

b) Se Traslada riesgos que no tienen un alcance susceptible de lucro, por lo cual conforme a lo expuesto, en ésta Tesis, dicho traslado sería nulo.

c) Riesgo predial: Traslada el 20% del mayor costo o sobre costo en la adquisición de predios y el 20% del mayor número de predios al concesionario.

²⁶⁸ COLOMBIA, INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES. INCO. Proceso Licitatorio Número SEA-LP-002-2009. Objeto "Seleccionar la Propuesta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento a un Concesionario de una Concesión para que realicen, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación, mejoramiento y conservación, según corresponda, del Proyecto Vial Transversal de las Américas y, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en el corredor denominado ¿Transversal de Las Américas¿, en el Sector 1 llamado Corredor Vial del Caribe" en <http://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-49664>.

Lo anterior, como se observa, no solo desconoce la política pública en éste punto, sino que constituye una transgresión del ordenamiento jurídico, por que el precio de los predios es establecido por la entidad pública conforme a la Ley 105, y le está trasladando al concesionario las consecuencias de el riesgo de la determinación del trazado de la vía cuando esa competencia es exclusiva de la entidad.

d) Riesgo Ambiental: Traslada el riesgo ambiental al concesionario, no obstante este es incuantificable, debido a que el proyecto no contaba con licencia.

e) Riesgo de Construcción: Traslada el riesgo de diseño y los mayores costos que genere el cambio del trazado de un nuevo diseño.

Al respecto es necesario recordar que de acuerdo al principio de planeación y a las normas que regulan la materia, es al Estado y no al concesionario, a quien le compete determinar el trazado de la vía, esta es una competencia legal y por tanto no podría trasladar este riesgo, pues implicaría entre otras el traslado de un acto que constituye un hecho del príncipe o en su defecto teoría de la imprevisión.

f) Riesgo Regulatorio (R. Tributario y Cambio de normatividad, a cargo del privado). Este traslado es ilegal, conforme a lo expuesto en éste escrito.

No solamente desconoce que éste no es un riesgo previsible, si no que inaplica tajantemente los principios de asignación del riesgo, y desconoce de plano la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina aplicable al asunto.

5.2 Ruta del sol. En segundo lugar, se encuentra el proyecto denominado "Ruta del Sol", del cual solamente revisaremos para efectos de éste escrito el tramo 3²⁶⁹ del proyecto, en el que se propuso la siguiente distribución de riesgos:

a) Revisada la matriz de riesgo se determinan las siguientes deficiencias:

- ✓ Ninguno de los riesgos se encuentra cuantificado,
- ✓ Los riesgos no están limitados,
- ✓ No presentan estudios, estadísticas, impactos.
- ✓ No hicieron entrega de soportes de la estimación o cuantificación realizada, para plantear la distribución de riesgo que pretenden incluir en el contrato.

b) La regulación de riesgo es idéntica a la de Ruta de las Américas, por lo anterior, son extensibles a éste proyecto los mismos comentarios.

²⁶⁹ COLOMBIA, INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES. INCO. Proceso Número SEA-LP-001-2010, Objeto "Seleccionar la Propuesta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que realice por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial, social y ambiental, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras en el Sector comprendido entre San Roque ¿ Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar ¿ Valledupar, denominado Sector 3 del Proyecto Vial Ruta del Sol." En <http://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=10-1-52649>.

c) Incluye en el riesgo regulatorio, la posibilidad de suscribir con el Estado un contrato de estabilidad tributaria, eso es un elemento importante, porque implica una garantía de no modificación de las condiciones tributarias y jurídicas, y una consecuente anulación del riesgo. Éste es un aporte interesante, pero la pregunta sería ¿Por qué no se incluye la posibilidad de suscribir este tipo de contrato con otras concesiones?, cuando son inversiones a largo plazo y son de interés para el desarrollo del Estado. Ese sería no solo un elemento para anular el riesgo; si no una evidencia de una actuación del aparato estatal, totalmente articulada y armónica.

d) Otro elemento diferenciador es el denominado Riesgo Político Social, pues aún cuando no lo define como tal, parece subsumirlo dentro de los hechos constitutivos de "Fuerza Mayor No Asegurable", pues allí incluye: Guerra, actos terroristas, guerra civil, golpe de estado, y se lo asigna al público. Esta aparente insignificancia en lo conceptual, implica un reconocimiento del Estado de estos hechos como fuerza mayor, y que deben ser soportados por éste y no por el concesionario.

5.3 21 Megaobras. En tercer lugar, se encuentra el proyecto "21 Megaobras"²⁷⁰ que propone la siguiente distribución:

a) Ninguno de los riesgos está cuantificado o presentan estudios de impacto valoración, etc. No se entregan los soportes al proponente, es una distribución, que no cuenta con fundamento alguno.

²⁷⁰ COLOMBIA, MUNICIPIO DE CALI. Proceso Licitatorio Número 4151-LP-09-2009. Objeto: "contratos de concesión para la financiación, ajustes y/o realización completa y suficiente de los diseños que se requieran, gestión social, predial y ambiental, construcción, conservación y transferencia de obras de infraestructura, espacio público y recuperación de la malla vial arterial y local para la movilidad para el municipio de santiago de cali." En <http://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-50135>

- b) Crea un Riesgo denominado "ESTUDIOS Y DISEÑOS INCUMPLIMIENTO DE ESPECIFICACIONES TÉCNICAS", incluye como riesgo el incumplimiento de una obligación contractual, el cual no puede ser asignado como riesgo previsible, por las razones y fundamento planteados en éste escrito, los cuales fueron desarrollados al analizar el denominado riesgo ambiental.
- c) Realiza la misma distribución del riesgo predial analizada en las concesiones anteriores, por lo cual son extensivos los mismos comentarios.
- d) Crea un riesgo relacionado al PMT (Plan de Manejo de Tráfico), indicando que el riesgo consiste en las deficiencias en la elaboración e implementación del PMT. Este es un incumplimiento de una obligación contractual no es un riesgo.
- e) El riesgo Soberano y Político, lo traslada al concesionario, se aclara que este riesgo es incuantificable, en esencia, no debería ser trasladable, pues de acuerdo a lo expuesto en éste escrito y la normatividad pertinente la definición de riesgo previsible no permite incluirlo como tal.
- f) Riesgo regulatorio de orden nacional. Lo traslada al concesionario sin limitación alguna. Es intrasladable de acuerdo a la teoría de la imprevisión. Acierta en dejar el riesgo regulatorio municipal en cabeza del municipio, no obstante se aclara que este riesgo no debería estar incluido en la matriz, porque es el típico hecho del príncipe y en consecuencia sería un riesgo intrasladable.

g) Incluye en la matriz, riesgos que no deben ser incluidos, pues constituyen incumplimiento de obligaciones contractuales, tales como daños y perjuicios a terceros, calidades de obra, variaciones constructivas, técnicas y operativas. Los cuales son incumplimiento de obligaciones contractuales, o riesgos cubiertos por amparos de las pólizas del contrato, basta recordar, la clasificación realizada de diferentes tipos de riesgos no previsibles, por el documento CONPES 3714, para concluir lo desacertado de éste asunto.

h) El riesgo incluido que crea mayor inseguridad, es la fuerza mayor no asegurable, pues allí le asigna al concesionario, la responsabilidad por el lucro cesante. Este traslado es de plano inquietante, porque en los documentos contractuales se indica que se ajusta a lo dispuesto en los documentos CONPES, documentos que disponen que la fuerza mayor no asegurable, recae sobre la entidad estatal, el traslado de éste riesgo riñe contra las políticas de asignación dispuesta en dichos documentos, y desconoce lo previsto por la jurisprudencia y la doctrina, que consideran intransferible el riesgo de fuerza mayor no asegurable.

5.4 Concesiones del Departamento del Valle del Cauca. En cuarto lugar, traeré a colación la concesión vial otorgada por el Departamento del Valle del Cauca en el año 2009²⁷¹, que en mi concepto es el que mejor desarrolla la institución de la asignación de riesgos, no obstante no alcanza a cumplir con los requisitos y exigencias legales previstos y exigidos por la norma y por lo anterior no puede considerarse como acertada o legal o exenta de ineficacia y nulidad:

²⁷¹ COLOMBIA, DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA. Proceso Licitatorio Número LP-SHCP-001-2009. Objeto "contrato de concesión para contratar un inversionista que realice la financiación, los estudios, diseños, gestión predial, gestión social, gestión ambiental y construcción de las obras y proyectos de infraestructura vial urbana y rural en el departamento del valle del cauca de conformidad con la autorización otorgada al gobernador del departamento mediante la ordenanza no. 280 de 2009" en <http://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-47245>

a) Esta distribución establece el impacto que cada riesgo puede tener sobre el valor del contrato, se encuentra entre el 0,5% y el 2%, del valor del contrato, es decir limita la responsabilidad del concesionario en cada caso al valor máximo que debe soportar. Eso es determinable para que el proponente pueda evidenciar, estos rubros en su propuesta, y genera el equilibrio económico del contrato cuando acaezca un riesgo y supere el valor previsto en la matriz de riesgos.

No obstante lo anterior, la matriz no cuenta con estudios, fundamentos o estadísticas, hecho que pudiera afectar la legalidad de la misma, ni tampoco se entregaron los soportes de ella a los proponentes dentro del proceso licitatorio.

b) Incurre en los mismos errores señalados frente al pliego anterior, al incluir como riesgos el incumplimiento de ciertas obligaciones contractuales, por lo cual no me referiré a las mismas, al ser extensivas las mismas consideraciones ya realizadas a los demás pliegos de condiciones.

5.5. ¿CUMPLEN LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA ANALIZADOS CON LAS POLÍTICAS CONTENIDAS EN LOS CONPES?

Ahora bien, no obstante las observaciones anteriores y el hecho de apartarme de la distribución de riesgos planteadas en los documentos CONPES, por considerar que la misma es parcialmente desacertada, como se ha expuesto en éste escrito. Al ser estos documentos, contentivos de la política pública en el sector de proyectos de infraestructura, es importante analizar si los proyectos concesionales que se han adjudicado en los últimos años -Y aclarar me refiero a los años objeto de éste estudio- la han cumplido, pues de lo contrario, se generaría responsabilidad de los funcionarios, que se hubiesen apartado indebida o injustificadamente de

éstas políticas como ya se ha analizado.

Por lo anterior, una vez revisados los procesos licitatorios anteriormente señalados, encuentro las siguientes diferencias con la política de riesgos asumida por los entes estatales, así:

a) Los mayores costos de la adquisición predial están siendo indebidamente trasladados al concesionario, pues el CONPES establece que los mismos son de exclusivo resorte y competencia de la entidad estatal. "El mayor valor de los predios y su cronograma de disponibilidad por encima de lo previsto en los contratos estará a cargo de la Entidad Estatal".²⁷²

Sumado a lo anterior, es claro que la Ley 105, establece que la entidad pública fijará el mayor valor a pagar por los predios, pero dicha disposición no le faculta, ni mucho menos le autoriza para trasladar al concesionario los mayores costos de la compra de predios, por lo cual este traslado es igualmente ilegal.

b) Algunos de los pliegos estudiados trasladaron el riesgo de tarifas al concesionario cuando la política pública es que este riesgo no puede ser trasladado al concesionario.

c) Algunos proyectos, desconocieron la política pública frente a aspectos relevantes como la fuerza mayor no asegurable.

d) Se consideraron e incluyeron riesgos que técnicamente no son riesgos previsibles.

²⁷² IBIDEM CITA No. 63.

Ahora bien, de acuerdo a la metodología y matrices de riesgos analizadas en éste escrito, es evidente que las mismas no cumplen con lo exigido por el Decreto 2474 de 2008 -El cual estaba vigente para la fecha en la que fueron realizados los procesos licitatorios; y en consecuencia era la norma a la cual debían sujetarse-, tornando así en nula e ineficaz la distribución y asignación de riesgos realizadas.

Aunado a lo anterior, se evidencia, que las matriz de riesgo analizadas, plantean las siguientes deficiencias estructurales, las cuales generarán serias consecuencias legales:

- a. Las matrices de riesgo carecen de fundamento, estudios previos y demás elementos que les exige la normatividad.
- b. Se está incurriendo en el error de realizar traslados ilimitados de las consecuencias del riesgo. Salvo uno de los casos analizados, se transfiere el cien por ciento del valor del riesgo, sin importar su magnitud o impacto en el valor del contrato, lo cual genera ofrecimientos o responsabilidades de carácter ilimitado, las cuales están prohibidas por el legislador, y sancionadas consecuentemente con la ineficacia.
- c. Siguiendo la política consagrada en los CONPES, se están realizando traslados ilegales de riesgos que de acuerdo a la jurisprudencia y al orden jurídico vigente no pueden ser trasladados, como se ha explicado a lo largo de éste escrito.
- d. No se está teniendo en cuenta la "licitud", ni el concepto de riesgo previsible, ni los requisitos previstos en la normatividad aplicable, para incluir los diferentes riesgos, los cuales varían según la entidad o el estructurador del proyecto.

e. Se están incluyendo como riesgos previsibles, el incumplimiento de ciertas obligaciones contractuales, aspecto anti-técnico que no corresponde a la noción de riesgo previsible analizada.

f. Se están incluyendo como riesgos previsibles, circunstancias y hechos naturalmente imprevisibles

g. Se están realizando traslados de riesgos, los cuales por su naturaleza son intrasladables al privado.

Para los efectos, a modo de ejemplo que evidencia un claro desconocimiento de la importancia de la matriz de riesgos en los procesos licitatorios, me permito citar la repuesta entregada por el entonces denominado Instituto Nacional de Concesiones INCO, al ser requerida sobre la cuantificación de los riesgos asignados al contratista y el impacto que de ocurrir los mismos podrían tener en la ecuación económica del contrato²⁷³:

"El INCO respetuosamente disiente de la teoría planteada por el formulante, en el sentido de afirmar que únicamente aquellos riesgos cuantificables son transferibles al privado. Por un lado, el artículo 88 señala que la entidad debe "tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo" obligación que no puede traducirse, como lo busca el formulante en que se debe entregar a los proponentes la cuantificación del riesgo o de lo contrario no se le puede asignar. Tampoco puede traducirse como que solamente pueden transferirse

²⁷³ IBIDEM CITA No. 269.Respuesta audiencia de riesgos ruta del sol. Tramo 3.

aquellos riesgos que son previsibles. La obligación es la de tipificar los riesgos y asignarlos, el efecto económico de su ocurrencia, podrá o no alterar la ecuación financiera del contrato (según a quién se le ha asignado) y por ende solamente en el caso de ocurrencia se podrá determinar o cuantificar su efecto en la ecuación.”²⁷⁴

“Por otro lado, el hecho de que la valoración de los riesgos no sea pública como lo solicita el formulante, no quiere decir que el ejercicio no se haya hecho. Lo anterior, en la medida en que tal ejercicio se lleva a cabo para efectos de determinar el valor de los aportes al fondo de contingencias contractuales del estado.”²⁷⁵

“Teniendo en cuenta que el resultado de la valoración de los riesgos es un elemento esencial del modelo de valoración del contrato y éste no debe ser publicado en los términos del decreto 2474, se considera que la no divulgación de la información tiene un sustento legal.”²⁷⁶

Respecto de lo anterior, respetuosamente me aparto de dicha posición, por las siguientes razones:

- a) Lo primero y más grave es que en la repuesta, la entidad parte del supuesto que puede trasladar riesgos diferentes a los previsibles, cuando la legislación contractual vigente en ese momento y aún ahora, solamente le permite trasladar los riesgos previsibles, pues así lo dispuso el legislador.

http://www.contratos.gov.co/archivospuc1/2010/DA/124001001/10-1-52649/DA_PROCESO_10-1-52649_124001001_1648473.pdf

²⁷⁵ IBIDEM CITA No. 269.Respuesta Audiencia De Riesgos Ruta Del Sol. Tramo 3.
http://www.contratos.gov.co/archivospuc1/2010/DA/124001001/10-1-52649/DA_PROCESO_10-1-52649_124001001_1648473.pdf

²⁷⁶ IBIDEM CITA No. 269.Respuesta Audiencia De Riesgos Ruta Del Sol. Tramo 3.
http://www.contratos.gov.co/archivospuc1/2010/DA/124001001/10-1-52649/DA_PROCESO_10-1-52649_124001001_1648473.pdf

b) Los pliegos de condiciones y los estudios previos, que dan sustento a la distribución, deben ser publicados y entregados a los proponentes para la adecuada confección de sus ofertas, circunstancia que claramente no sucedió, y que desconoce un aspecto legal esencial.

c) La respuesta es contradictoria, pues el Decreto 2474, dispone que debe existir el soporte de la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles, en los estudios previos y los estudios previos son públicos y deben hacer parte de la documentación que se entregue al proponente.

Aspecto que si debe atemperarse con la reserva que sobre el modelo financiero del proyecto de concesión, tiene la entidad pública, no puede desconocer la obligación de entregar dichos soportes.

d) La jurisprudencia, ha reiterado que la distribución de riesgos solo es viable atendiendo la calidad y especificidad de la información que suministra la entidad, por lo cual, no entregar los estudios previos atenta contra ese carácter, y por tanto en instancias judiciales de darse una aplicación taxativa de los preceptos y requisitos previstos para efectos de poder asignar un riesgo al inversionista privado, llevaría ineludiblemente consecuencias adversas para la entidad contratante.

e) Aunado a lo anterior, es evidente, que como consecuencia de las distribuciones de riesgos superfluas y muchas veces erróneas, planteadas por algunos estamentos del Estado, o por actuaciones como la desplegada dentro del proceso licitatorio por parte de la entidad pública, las consecuencias prácticas a instancias judiciales resultarían en una ineficacia o una nulidad conforme se expuso en éste capítulo.

Ambas circunstancias con funestas consecuencias para el erario público, pues el fin perseguido por la norma, es decir la disminución de los desequilibrios económicos de los contratos estatales, no se cumpliría, y no se cumpliría por los errores que están cometiendo algunos funcionarios en su aplicación, lo anterior, como consecuencia de cualquiera de las 2 circunstancias planteadas, que conllevarían la pérdida de los efectos previstos por el legislador al incluir la distribución de riesgos, como una Fase precontractual. Lo cual en la práctica derivaría, en que el Estado no habría trasladado ninguno de los riesgos previsibles al Contratista, asumiéndolos en su totalidad.

Lo anterior, pues la norma es clara, el estado puede trasladar los riesgos previsibles al contratista o al concesionario, previa realización de una serie de pasos y requisitos; lo que no implica porque así no lo establece la norma, que todo riesgo previsible esté a cargo del contratista o del concesionario.

Aunado a lo anterior, resultará conveniente esperar el entendimiento y aplicación que del CONPES 3714 se da en los estrados judiciales, pues allí el Estado prácticamente confiesa, y pone en evidencia, los errores incurridos por las entidades estatales al momento de tipificar, estimar y asignar el riesgo previsible.

BIBLIOGRAFÍA

1. COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 57 de 1887 Código Civil, Sancionado 26 de Mayo de 1873.
2. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, DECRETO 150 de 1976, Enero 27 de 1976, "Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas." Publicado en el Diario Oficial No 34.492, del 18 de febrero de 1976.
3. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, DECRETO 222 de 1983, de fecha Febrero 02 de 1983, "Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones" publicado en el Diario Oficial No. 36.189 de febrero 6 de 1983.
4. COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991.
5. COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 80 de 1993, publicada en Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.
6. COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 105 de 1993. Diario Oficial No. 41.158, de 30 de diciembre de 1993.
7. COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 448 de 1998. "Por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público." Publicado en el Diario Oficial 43345 de Julio 23 de 1998.
8. COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, DECRETO 423 de 2001. Publicado en el Diario Oficial 44361 de Marzo 19 de 2001.
9. COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 963 de 2005. Publicada en el Diario Oficial 45963 de julio 08 de 2005.

10. COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA, Exposición de motivos del proyecto de Ley 20/2005, Senado en Gaceta del Congreso, No. 458 del 1 de agosto de 2005
11. COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1150 de 2007. Publicada en el Diario Oficial 46691 de julio 16 de 2007.
12. COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Proyecto de Ley numero 20 de 2005 Senado, 57 de 2006 Cámara. Acumulados 13/2005, 19/2005, 32/2005, 83/2005. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia En: www.escuelagobierno.org/v1/archivos.php?descargar=466
13. COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, DECRETO 2474 de 2008." Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones." Publicado en el Diario Oficial 47.043 de julio 7 de 2008.
14. COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 2025 De 2009. 03 de junio de 2009.
15. COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, DECRETO 734 de 2012. Publicado en el Diario Oficial 48400 de abril 13 de 2012.
16. COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1508 de 2012, de fecha 10 de enero de 2012. Publicada en el Diario Oficial 48308 de enero 10 de 2012.
17. COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, DECRETO 1467 de 2012. Publicado en el Diario Oficial No. 48483 de julio 6 de 2012.
18. COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. RESOLUCIÓN 3656 de 2012. Diciembre 20 de 2012. Por la cual

se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de asociación público privada como una modalidad de ejecución de proyectos de que trata la Ley [1508](#) de 2012 y el Decreto número [1467](#) de 2012. Anexo No. 1 Metodología del Comparador Público Privado.

19. COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, DECRETO 1510 de 2013. Publicado en el Diario Oficial 48854 de julio 17 de 2013
20. COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, documento CONPES 3107. Abril 3 de 2001.
21. COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, documento CONPES 3133. 2001.
22. COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, documento CONPES 3186. 31 de julio de 2002.
23. COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, documento CONPES 3248. 20 de octubre de 2003.
24. COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, documento CONPES 3248. 20 de octubre de 2003.
25. COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, documento CONPES 3714. Diciembre 01 de 2011.
26. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.LIBRO VERDE. "sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones" Bruselas, 30.4.2004. COM (2004) 327 final.
27. ARIÑO ORTIZ Gaspar. El contrato de colaboración público privada. En Felipe de vivero Arciniegas (2010).Reforma al régimen de contratación estatal. (1a. Ed.). Bogotá: Ediciones Uniandes.

28. AZUERO, FRANCISCO (2003) De quien son los riesgos en el contrato de concesión. En <http://compreg.uniandes.edu.co/opinion/opinion.php?id=761>.
29. ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT, con la dirección del profesor Gerard Cornú, Vocabulario Jurídico. Temis, Bogotá Colombia 1995 Pág. 367.
30. BADÍAS ALBERT Alfonso, Sistema Concesional Chileno: Mecanismo de mitigación de riesgos casos prácticos: Los vilos-La Serena, Río Bueno- Puerto Montt Y Santiago-Valparaiso-Viña Del Mar. En Revista de obras públicas, Extraordinario Octubre de 2002. No. 3.425.
31. BENAVIDEZ, José Luis. (2004). El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. (2ª Ed.). Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.
32. BENAVIDEZ, José Luis. Y otro (2009). Contratación estatal estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007. (1ª Ed.). Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.
33. BRUNETE DE LA LLAVE, Maria Teresa. (2009). Los contratos de colaboración Público - Privada en la Ley de contrataos del sector público. Especial aplicación a las Entidades Locales (1a. Ed.). Madrid: La Ley.
34. CASTAÑO PARRA, Daniel. "La concesión: pasado y presente. Crítica a los modelos concesionales de la primera época de vida institucional." En: Revista digital de Derecho Administrativo, N°. 5, primer semestre/2011, Universidad Externado de Colombia. pp. 153-174.
35. FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, Riesgo y Ventura en la concesión de obra pública. En: Revista de Derecho de la Unión Europea No. 7. Segundo Semestre de 2004.

36. DE VEGA PINZÓN, Gabriel. "La distribución de riesgos en el contrato estatal". EN <http://doctrina.vlex.com.co/vid/distribucion-riesgos-contrato-estatal-378289698>.
37. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La Configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español. Principio de planeación. Ediciones Universidad Externado de Colombia. 2007.
38. FONSECA PRADA, Eduardo. (2002) la asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas. Revista de derecho público No. 4. Junio de 2002 Universidad De Los Andes Facultad De Derecho.
39. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Octava edición. Editorial CIVITAS. Madrid. 1.998.
40. GIRALDO LÓPEZ Oswaldo, El Equilibrio, la Responsabilidad y el Riesgo en los Contratos Estatales, en Revista De Derecho Público No. 24, Universidad De Los Andes, Facultad De Derecho, Marzo de 2010.
41. GONZÁLEZ LÓPEZ Edgar. El pliego de condiciones en la contratación estatal.. Serie de Derecho Administrativo No. 10. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición Junio de 2010.
42. IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ Rafael y VASSALLO MAGRO Jose Manuel, Concesiones de Infraestructura con plazos cortos en Revista de obras públicas, Extraordinario Octubre de 2002. No. 3.425.
43. LÓPEZ CORRAL Antonio M. y SANCHÉZ SOLIÑO Antonio, Análisis Económico de la reforma del sistema concesional de obras públicas en Revista de obras públicas, Extraordinario Octubre de 2002. No. 3.425.

44. MELÉNDEZ JULIO, Inocencio (2009) La responsabilidad contractual en el derecho público de los contratos estatales. (1ª Ed.) Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
45. MIER BARROS, Patricia. La regulación de los contratos de concesión de obras de infraestructura. Misión de contratación hacia una política para la eficiencia y transparencia en la contratación pública Tomo I Departamento Nacional de Planeación. (1ª Ed.) (2002) Bogotá: DNP.
46. MIER BARROS Patricia. Revista de Ingenieria Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Rev.ing ISSN 0121-4993. Julio - Diciembre de 2010.
47. MONTES DE ECHEVERRI, Susana y MIER BARROS Patricia, CONCESIONES VIALES. LA INADECUADA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS, EVENTUAL CAUSA DE CRISIS EN LOS CONTRATOS. En: Revista De Derecho Público No.11 de Junio de 2000 Universidad De Los Andes Facultad De Derecho.
48. ORTEGA ÁLVAREZ Luis, "El Régimen Común del equilibrio Económico del Contrato de Concesión de Obras Públicas Predicable de los diferentes supuestos de riesgo y ventura existentes en las distintas fases de dicha concesión." en El Contrato de concesión de Obras Públicas en la Ley de contratos del sector Público. Director Francisco Puerta Seguido. Editorial La Ley. Madrid, España. Febrero de 2009.
49. PALACIOS MEJIA, Hugo. "La cláusula de equilibrio contractual y sus efectos en los contratos de concesión", ensayo inmerso en el libro Concesiones en infraestructura, publicación del Ministerio de Hacienda, Coinvertir, 1996.
50. PALACIOS MEJIA, Hugo. (2000) La concesión y la teoría económica de los contratos. Revista de derecho Público Universidad de los Andes (11).

51. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA 22 Edición, , En http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=estima.
52. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA 22 Edición, Real Academia Española, En http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=TIPIFICAR.
53. REYES YUNIS Laura, Ley de Contratación Administrativa. Reforma a la contratación estatal. Colección de textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. 2007.
54. RODRÍGUEZ R., Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. (1a. Ed.). Bogotá (2009): Editorial Temis S.A.
55. SANTOFIMIO G. Jaime Orlando, Delitos de Celebración Indevida de Contratos. Universidad externado de Colombia, Bogotá D.C., Primera Edición, 2000.
56. SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando. "El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico". Bogotá D.C. Abril de 2008. En: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/Deradm/article/view/2589/2228>
57. SILVA GARCIA FERNANDO. "UNA APROXIMACIÓN A LA VISIÓN DE LA CORRECCIÓN DEL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL" En REVIST@ e - Mercatoria Volumen 6, Número 2 (2007)
58. SERRANO LOZANO, Rubén, en El Contrato de concesión de Obras Públicas en la Ley de contratos del sector Público.

Director Francisco Puerta Seguido. Editorial La Ley. Madrid, España. Febrero de 2009.

59. URUETA ROJAS Juan Manuel, El Contrato de Concesión de Obras Públicas Colección Textos de Jurisprudencia. Primera Edición. Ediciones Rosaristas. Bogotá D.C. 2006.
60. URUETA ROJAS Juan Manuel, El Contrato de Concesión de Obras Públicas Project Finance y Partenariado Público - Privado. Segunda Edición. Grupo editorial Ibañez. Bogotá D.C. 2010.
61. VALLEJO Felipe, "Responsabilidad Profesional en obras de construcción" en Revista Derecho del Estado, No. 20, diciembre de 2007.
62. VÁSQUEZ FRANCO, Gladys. La Concesión Administrativa De Servicio Público En Derecho Español. (1ª. Ed.). Bogotá: Temis. (1991)
63. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 20 de Septiembre de 1979. Exp. No. 2742.
64. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-442 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.
65. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 15 de Mayo de 1992, C.P. Daniel Suarez Hernández, Exp. 7950.
66. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 1 de Junio de 1995, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 7326.

67. COLOMBIA RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 9 de mayo de 1996 (Exp. 10151)
68. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA, Sentencia del 15 de febrero de 1999, C.P.: Dr. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 11.194.
69. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL. CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.SECCION TERCERA. Octubre 7 de 1999. Alíer Eduardo Hernández.
70. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 25 de noviembre de 1999 (Exp. 10.873).
71. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 892 del 22 de agosto de 2001. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.
72. COLOMBIA RAMA JUDICIAL CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de fecha 07 de marzo de 2002. Consejero Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 21588.
73. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: Augusto Trejos Jaramillo, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dos (2002)., Radicación número: 1429, Actor: Ministro De Transporte, Referencia: Licencia ambiental. Requisito previo para la apertura de procesos licitatorios tendientes a la suscripción de contratos de concesión.
74. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil tres (2003), Radicación número: 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577), Actor: SOCIEDAD PAVIMENTOS COLOMBIA LTDA., Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

75. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Bogotá, D.C, dieciocho (18) de septiembre de dos mil tres (2003). Radicación número: 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119). Actor. SOCIEDAD CASTRO TCHERASSI Y COMPAÑÍA LTDA. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS.
76. COLOMBIA RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 26 de febrero de 2004, C. P.: Germán Rodríguez Villamizar. Exp. 14043.
77. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto 1674 de febrero 9 de 2006. Radicación número 1.674, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Aponte Santos, Referencia: contrato de concesión vial.
78. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Bogotá, D. C., trece (13) de febrero de dos mil seis (2006), Radicación número: 44001-23-31-000-2003-00090-01(AP), Actor: Miriam De Luque Semprum, Demandado: Departamento De La Guajira Y Otro, Referencia: Accion Popular
79. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, Sentencia de 7 de marzo de 2007 (Exp.15.052)
80. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gomez, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854), Actor: Hernan Duarte Esguerra, Demandado: Instituto De Desarrollo Urbano- IDU-.
81. COLOMBIA RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero

Ponente Dr. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Bogotá, veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008).- Radicación No. 66001-23-31-000-3254-02 (15963)

82. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de febrero 25 de 2009. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16103.
83. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., primero (1) de abril de dos mil nueve (2009), Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476), Actor: Zamir Alonso Bermeo Garcia, Demandado: Presidencia De La Republica y otros.
84. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: Enrique Jose Arboleda Perdomo. Bogotá, D. C., trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009), Radicación numero: 11001-03-06-000-2009-00033-00(1952), Actor: Ministerio De Transporte.
85. COLOMBIA RAMA JUDICIAL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO, Bogotá, D. C., tres (3) de septiembre de 2009, Radicación numero: 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957), Actor: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, Referencia: Enajenación de bienes inmuebles fiscales. Sujeción al Estatuto de Contratación.
86. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D. C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010), Radicación número: 19001-23-31-000-1995-00009-01(15665), Actor: PAVIMENTOS Y CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA LTDA. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

87. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente (E): Mauricio Fajrado Gomez, Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010), Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596). Aclaración De Voto De La Doctora Ruth Stella Correa Palacio.
88. COLOMBIA RAMA JUDICIAL Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 1994-00071 del 18 de marzo de 2010, Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
89. COLOMBIA RAMA JUDICIAL. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejera ponente: Olga Melida Valle De La Hoz, Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683), Actor: LUIS ANTONIO RODRIGUEZ MELO, Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA-ESP-
90. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION "A", Bogotá D.C., 25 de agosto de 2011. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gomez, Radicación No.: 250002326000199400367-01. Expediente No. 16435. Actor: Sociedad Alejandro Munévar Domínguez Televisión Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Radio y Televisión - INRAVISIÓN
91. COLOMBIA RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), Actor: PAVICON LTDA., Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

92. COLOMBIA RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464), Actor: DOMINGO BARRAGAN URUEÑA, Demandado: FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES, Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA; SENTENCIA.
93. COLOMBIA RAMA JUDICIAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado ponente: WILLIAM NAMÉN VARGAS. Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil doce (2012). Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01.
94. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil doce (2012). RADICACIÓN:4700123310001996493701 EXPEDIENTE: 22.506.
95. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: Augusto Trejos Jaramillo, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dos (2002)., Radicación número: 1429, Actor: Ministro De Transporte, Referencia: Licencia ambiental. Requisito previo para la apertura de procesos licitatorios tendientes a la suscripción de contratos de concesión.
96. COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. v. Fondo Vial Nacional Mayo 6 de 1981.
97. COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. Tribunal de Arbitramento. Laudo de fecha 2 de septiembre de 1992, Impregilo S.P.A. y Estruco S.A. contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Árbitros: Susana Montes de Echeverri, Alberto Preciado Peña y Jorge Rueda Saenz.
98. COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. Laudo arbitral MORA- MORA, CONCIVILES VS. INCORA. Árbitros: Martha Cediel de Peña,

Alberto Hernández Mora y Carolina Rodríguez Ruiz. 19 de Marzo de 1996.

99. COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL, Tribunal de Arbitramento de cables de Energía y de Telecomunicaciones "Centelsa S.A." contra Empresa de Energía de Bogotá, Laudo de 30 de Septiembre de 1996. Árbitros: Jorge Enrique Ibáñez Najar, Julio César Uribe Acosta y Juan Pablo Cárdenas Mejía.
100. COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL, Laudo arbitral dictado para resolver las diferencias entre el Consorcio Cosacol y ECOPETROL. Fecha 28 de mayo de 2000, Árbitros María Cristina Morales de Barrios, César Gómez Estrada y José Alejandro Bonivento
101. COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL. Tribunal de Arbitramento. Laudo Arbitral de fecha 30 de noviembre de 2000 - SOP - IDU Vs. Sociedad Ingenieros Civiles Asociados S.A de C.V., ICA.
102. COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL, Promotora de Construcciones e Inversiones Santana S.A. Prosantana S.A. y Distrito Capital de Santafé de Bogotá y Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza S.A., Diciembre 18 de 2000.
103. COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL, World Parking S.A. v. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU Agosto 25 de 2000.
104. COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL, Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías, Agosto 24 de 2001.
105. COLOMBIA LAUDO ARBITRAL Instituto de Desarrollo Urbano - IDU- Vs. ICA de México, 29 de abril de 2002.
106. COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL. Tribunal de Arbitramento Concesionaria Vial de Los Andes S.A. - Coviandes Vs.

Instituto Nacional de Vías, en el laudo proferido el 29 de julio de 2004

107. COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL. Tribunal de arbitramento de c. I. Grodco s. En c. A. Ingenieros civiles contra instituto nacional de vias -invias-. Laudo arbitral. Bogotá D.C., 16 de febrero de 2007. Árbitros: Juan De Dios Montes Hernandez, Saul Sotomonte Sotomonte Y Alberto Yepes Barreiro.
108. COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO MUNICIPIO DE NEIVA CONTRA DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA "DISELECSA LTDA" E INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A." UNIÓN TEMPORAL "DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A." LAUDO ARBITRAL Bogotá D.C., catorce (14) de Agosto de dos mil siete (2007). Árbitros. WILLIAM NAMÉN VARGAS, JOSÉ JOAQUÍN BERNAL ARDILA, LUIS FERNANDO VILLEGAS GUTIÉRREZ.
109. COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. Tribunal de Arbitraje. CONSORCIO WIESNER 2003 vs. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. Árbitros: CARLOS ARIEL SÁNCHEZ TORRES, MARÍA CAROLINA RODRIGUEZ RUÍZ, ALBERTO GÓMEZ MEJÍA. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil siete (2007).
110. COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO, CONSORCIO CICON - KMA CONTRA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E. S. P. LAUDO ARBITRAL. Bogotá D.C., enero treinta (30) de dos mil ocho (2008). JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ, SAUL FLOREZ ENCISO y GERMAN ALONSO GOMEZ BURGOS.
111. COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. Tribunal de Arbitramento, Construcciones Carrillo Caycedo S.A. CONCA Y S.A. v. El Departamento de Cundinamarca, Marzo 7 de 2008.
112. COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. Tribunal de Arbitramento, Departamento de Cundinamarca v. Consorcio Concesionaria de Desarrollo Vial de la Sabana, Septiembre 21 de 2009.

113. COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO. INTEGRA S.A. Vs. MEGABUS S.A. LAUDO ARBITRAL Bogotá D.C., 8 de Marzo de 2010. Árbitros: JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR, MARIA TERESA PALACIO JARAMILLO y CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA.
114. COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. Tribunal Arbitral C.I. GRODCO S. en C.A. INGENIEROS CIVILES *contra* INSTITUTO DE VÍAS - INVÍAS- LAUDO ARBITRAL Bogotá D.C., mayo 25 de 2011, JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, SAUL SOTOMONTE SOTOMONTE y ALBERTO YEPES BARREIRO.
115. COLOMBIA LAUDO ARBITRAL TRIBUNAL DE ARBITRAJE CONCRETO S.A., SOLETANCHE BACHY CIMAS S.A. y CREUSEMENT ET SOUTÈNEMENT MÉCANISÉ BESSAC, SUCURSAL COLOMBIA *contra* EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil once (2011).
116. COLOMBIA LAUDO ARBITRAL. Tribunal de arbitramento GASES DE OCCIDENTE S.A. ESP Vs. LA NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Bogotá, D.C., Febrero 10 de 2012. ARBITROS. ANTONIO PABON SANTANDER, MARIA TERESA PALACIO JARAMILLO Y SUSANA MONTES DE ECHEVERRI.
117. COLOMBIA, INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES. INCO. Proceso Licitatorio Número SEA-LP-002-2009. Objeto "Seleccionar la Propuesta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento a un Concesionario de una Concesión para que realicen, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación, mejoramiento y conservación, según corresponda, del Proyecto Vial Transversal de las Américas y, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en el corredor denominado ;Transversal de Las Américas;, en el Sector 1 llamado Corredor Vial del Caribe" en <http://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numCo nstancia=09-1-49664>.

118. COLOMBIA, INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES. INCO. Proceso Número SEA-LP-001-2010, Objeto "Seleccionar la Propuesta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que realice por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial, social y ambiental, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras en el Sector comprendido entre San Roque ; Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar ; Valledupar, denominado Sector 3 del Proyecto Vial Ruta del Sol." En <http://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstanancia=10-1-52649>.
119. COLOMBIA, MUNICIPIO DE CALI. Proceso Licitatorio Número 4151-LP-09-2009. Objeto: "contratos de concesión para la financiación, ajustes y/o realización completa y suficiente de los diseños que se requieran, gestión social, predial y ambiental, construcción, conservación y transferencia de obras de infraestructura, espacio público y recuperación de la malla vial arterial y local para la movilidad para el municipio de santiago de cali." En <http://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstanancia=09-1-50135>
120. COLOMBIA, DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA. Proceso Licitatorio Número LP-SHCP-001-2009. Objeto "contrato de concesion para contratar un inversionista que realice la financiación, los estudios, diseños, gestión predial, gestión social, gestión ambiental y construcción de las obras y proyectos de infraestructura vial urbana y rural en el departamento del valle del cauca de conformidad con la autorización otorgada al gobernador del departamento mediante la ordenanza no. 280 de 2009" en <http://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstanancia=09-1-47245>

121. RESPUESTA AUDIENCIA DE RIESGOS RUTA DEL SOL. Tramo 3.
<http://www.contratos.gov.co/archivospucl/2010/DA/124001001/10-1-52649/DA PROCESO 10-1-52649 124001001 1648473.pdf>